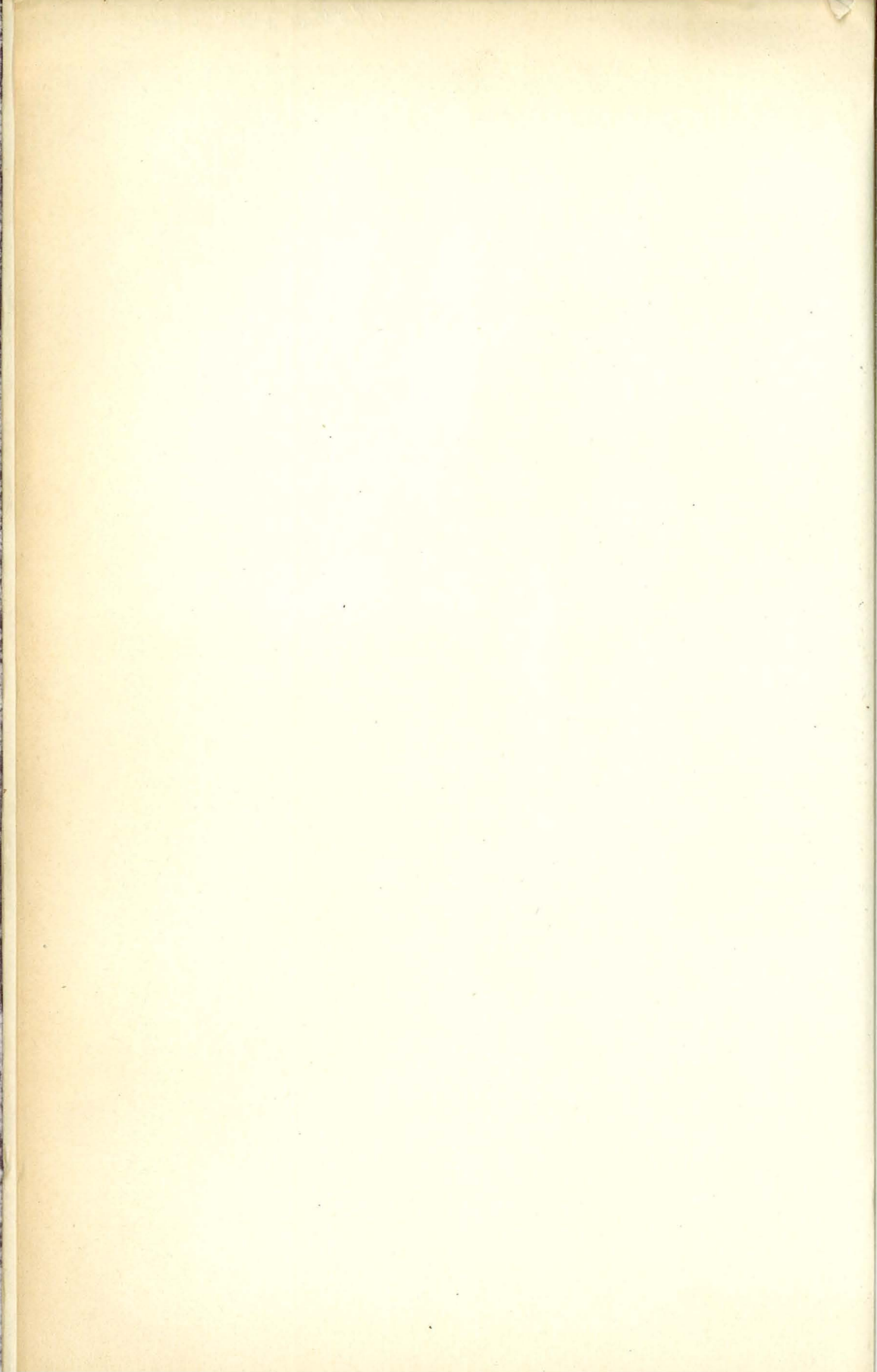
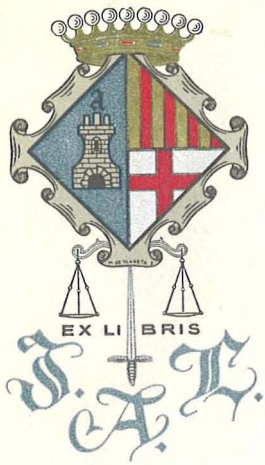


CB 100 207 2266

FR XX/997



DERECHO FORAL ESPAÑOL



Cataluña

Galicia

Aragón

DERECHO FORAL ESPAÑOL

EN SUS RELACIONES

CON EL CÓDIGO CIVIL, LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO Y DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

POR

Federico Barrachina y Pastor

ABOGADO Y NOTARIO

TOMO II

CASTELLÓN

Establecimiento Tipográfico de J. Armengot é Hijos

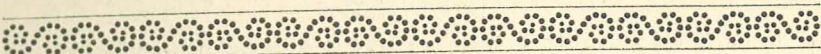
1912

Navarra

Vizcaya

Baleares

JOHN WATSON WATSON



DEL DERECHO PATRIMONIAL

CAPÍTULO I

Noción del derecho de propiedad y de sus limitaciones

Idea general

La propiedad tiene sus esencias económica y jurídica, las cuales, mediante la evolución, que es la ley del progreso, se manifiestan presentando distintas formas á través del tiempo, según la condición y manera de ser y de vivir de los pueblos.

Como advierte el ilustre Comas, es preciso trazar una línea divisoria entre aquello en que consiste la utilidad de la propiedad y lo que se refiere á la forma de conseguirla, y nosotros añadimos, que lo primero dice á la esencia económica y lo segundo se contrae á la esencia jurídica, constituída ésta por la facultad de obrar conscientemente sobre los elementos no libres, dentro de la convivencia social y con arreglo á las leyes, no contraviniendo, en su caso, la voluntad individual ordenada ó concertada, que es norma del llamado STATUS INDIVIDUI.

Muy lejos está de nuestro ánimo presentar extensamente aquí los distintos sistemas que, por profundos pensadores, se han dado como fundamento del derecho de propiedad. El primero, ó sea el de la ocupación es el más antiguo, al cual se acogieron los jurisperitos romanos y fué convertido en precepto legislativo por Justiniano. Supone un estado de aislamiento en los hombres y un carácter NULLIUS en las cosas para que sean objeto de apropiación; esto nos

recuerda el *MANCIPIUM*, uno de los tres grados del desenvolvimiento social. Los partidarios del segundo sistema, llamado del trabajo, dicen que las cosas deben corresponder á quien las transforma mediante su esfuerzo, puesto que les da utilidad, ó sea valor en uso, y con ellas se obtiene en el mercado precio ó sea valor en cambio. El tercero sistema es el de la ley, ideado por Mirabeau; según este filósofo, solo en la ley se funda la propiedad, porque no hay mas que la voluntad política para efectuar la renuncia de todos y dar un título común al goce de uno solo (estas son sus palabras, escritas en su *HISTOIRE PARLEMENTAIRE*). El cuarto sistema es el de la convención; fúndase en un supuesto de aislamiento—totalmente reñido con la naturaleza social del hombre—en el cual la voluntad, exenta de trabas, se desenvolvía arbitrariamente hasta que, para vencer las colisiones, hubo necesidad de establecer un pacto, mediante el que se renunciaron las cosas apropiadas ú ocupadas por los demás á cambio del respeto de las propias. El quinto sistema es el preconizado por Kant y Fische, cuyos filósofos alemanes buscaron en la naturaleza humana los orígenes de la propiedad, como los de todo derecho. El primero de estos pensadores admite, además de los elementos espiritual y de la ocupación integrantes del concepto del derecho de propiedad, el trabajo con carácter preparatorio y la convención como garantía, llegando Fische á decir, cuando desenvuelve la teoría de su maestro, que por esa convención debe facilitarse trabajo adecuado y fecundo á todos los asociados para que puedan ser propietarios. Esta es una de las formas en que se presenta el socialismo, para que *todo sea de todos* y no que *todo sea de algunos*.

Además de los sistemas anteriormente presentados están el comunismo y el socialismo en sus distintas producciones y directivas, cuya exposición nos llevaría muy lejos de nuestro propósito, y es propia de una obra de Filosofía del Derecho.

Repárese que casi todos estos sistemas tratan de explicar el fundamento de la propiedad mirándola especialmente en su esencia económica, y decimos *casi*, porque en este concepto no se incluye el que lo sustenta en la ley, ideado por Mirabeau y apoyado por Montesquieu y Bentham.

Para nosotros, el Derecho de propiedad, resultado de las relaciones del hombre con la cosa—donde se dan aquellas dos esencias: la económica ó sea la utilidad y la jurídica, que es la libertad desenvuelta dentro del bien, nunca reñida con éste—tiene por fundamento, la naturaleza humana; por título, el derecho á la vida mediante

el trabajo; por agente, la voluntad ajustada á la ley (ésta no da, sino que reconoce y consagra) y por fin, la honesta y justa satisfacción de las necesidades racionales del hombre á que le obliga, entre penalidades y satisfacciones, su destino; aquella nunca debe reñir ni resultar incompatible con el bien humano, en la convivencia social, ni ser contraria á la utilidad que las cosas, según su naturaleza, deben proporcionar.

Concepto de los derechos reales

Antes de estudiar la materia de restricciones del dominio, cúmpenos decir algo acerca de la naturaleza de los derechos reales, distinguiéndolos de los personales, labor ésta que, á juicio de Cogliolo, es cosa superflua y de fácil comprensión, por ser de las cosas que se dan por sabidas. Dice Summer Maine que, en la infancia del Derecho no tiene sentido esa reparación de derechos personales y de derechos relativos á las cosas. Tan esclarecido sociólogo está en lo cierto: el procedimiento diferenciador en todas las ramas del saber humano no es propio de los pueblos en formación: supone madurez de juicio, apreciando el todo y las partes de aquello que se trata de diferenciar, asignándole su verdadero carácter para formar ideas, como imágenes vivas del entendimiento.

Y claro que la Roma pagana, aún cuando tuvo grandes aptitudes jurídicas de que hizo gallarda muestra, capacitada como ningún otro pueblo para asimilar los progresos advenidos particularmente de Grecia, que fué su maestra, no señaló esa distinción en lo que llamaríamos derecho en substancia, pero logró fijarla en la forma adjetiva del mismo; en la manera de ponerlo en ejercicio ante la justicia social, por medio de las acciones personales y reales, y para que no hubiese vacío entre éstas, introdujo las llamadas mixtas, que participaban de ambas naturalezas, cuales eran las de los juicios divisorios. De esta suerte, el todo jurídico «acción» quedaba integrado, sin adolecer de deficiencia alguna.

El Derecho reside siempre en un sujeto, ya natural, ya social, ya moral. Colocado en el orden patrimonial, puede ser personal ó real según su propia naturaleza. El primero de éstos, llamado *JUS AD REM* por los romanos, es la facultad correspondiente á una persona para exigir de otra, como sujeto pasivo individualmente determinado, el cumplimiento de una prestación económica constitutiva

de dar, hacer ó no hacer alguna cosa, en tanto que el segundo, llamado *JUS IN RE*, se tiene directamente sobre las cosas, cualquiera que sea la persona en cuyo poder estén. En el derecho personal, la acción que de él se deriva se dirige directamente contra la persona é indirectamente á la prestación objeto del mismo, mientras que la acción real se dirige, no contra persona determinada, pues en el derecho de esa naturaleza no hay otro sujeto pasivo que la sociedad; ésta, con su abstención, no ha de impedir el lícito ejercicio de la facultad del hombre sobre la cosa, objeto directo de la relación jurídica.

Las ideas anteriores, que hemos tomado del Sr. Sánchez Román, marcan perfectamente la diferencia entre el derecho personal y el real; esta distinción ya fué señalada en el siglo XVI por Juan Apel, cuyo sentir siguió Feld Mann en 1666, cuyos escritores consideraron el *JUS IN RE* como la potestad legítima que compete á un hombre sobre una cosa y por la cual le está sometida y subyugada.

De acuerdo con este criterio, Thibaut consideró como derecho real el susceptible de ser ejercitado contra terceros poseedores de la cosa por medio de una acción *IN RE*. Thom, viendo en el concepto de derecho real aquella nota de abstención en el servicio del mismo, dice que con él se prohíbe á todos, menos al que lo tiene, hacer cuanto estime conveniente sobre la cosa á que afecta, criterio más claro y completo del expuesto por Windscheid, cuyo tratadista dice que derecho real es aquél en que la voluntad de su titular (dueño) da la norma de conducta que los demás han de observar respecto de la cosa sobre que recae. De la confusión que produce este concepto y de la exajeración á que se presta, por elevar á la categoría de norma absoluta la voluntad, cuyos fueros en tanto deben respetarse en cuanto no sean opuestos á la ley, á la moral y al orden público, no desatendidos ni olvidados por dicho escritor, nos saca el ilustre Ahrens cuando dice, seleccionando opiniones opuestas en la materia, que derecho real es aquél que se puede hacer valer contra todo el mundo, concepto éste sumamente claro; y por si cupiese duda añade: que esa facultad implica poder inmediato sobre la cosa, mientras que el derecho personal ó de las obligaciones significa poder mediato sobre aquéllas; esto es, en substancia, lo que dice el Sr. Sánchez Román, bien que este tratadista amplía el concepto señalando las acciones que de cada uno de esos derechos se derivan.

Puntualizando las diferencias entre esos derechos, estriban unas

en lo que constituye el objeto de los mismos; otras, en el sujeto condicionado, y las últimas en las clases de acciones que producen.

En el derecho real la voluntad del sujeto actúa directamente sobre cosa determinada; en el derecho personal esa actuación es indirecta ó mediata, pues se tiene, no sobre las personas, sino sobre las prestaciones económicas á que viene obligada á cumplir. En el derecho real no hay sujeto pasivo determinado; éste es la sociedad absteniéndose de impedir el ejercicio del mismo, en tanto que en el derecho personal, como existe un vínculo jurídico entre dos personas, provenga de la ley, de la voluntad ó de los hechos ú omisiones, hay sujeto pasivo obligado á la prestación de aquéllas, ya positivas, ya negativas. Y por último, en los derechos reales se exige, para su existencia, el título y el modo; en los personales solamente el título, lo que se llama la causa del derecho.

Dada esa distinción en lo sustantivo, tiene que haberla en lo adjetivo, y de aquí que produzcan acciones de distinto nombre.

De las cosas

Bajando los vuelos de estas elucubraciones, nuestro estudio debe empezar por el concepto jurídico de bienes, que son, como dice Planas y Casals las cosas apropiadas en poder de un particular, esto es, que han entrado en el patrimonio de un individuo.

El Código civil, huyendo de definiciones, no da la de bienes, á diferencia del Proemio del título XVII, Partida II, que dijo ser «aquéllas cosas de que homes se sirven ó se ayudan».

La voz «cosa», al igual que la de «propiedad», es genérica; comprende á todos los seres de la naturaleza no libre que, teniendo esencia económica, pueden prestar alguna utilidad á las personas, estén ó no en su patrimonio. La palabra «bienes» al igual que la de «dominio», significa una idea específica; quedan constituidos por lo que forma el patrimonio del individuo, ya su fortuna activa, como las mismas cosas apropiadas y las acciones, ya su fortuna pasiva, como los servicios y prestaciones, lo cual tiene por títulos la ley, la voluntad ordenada y concordada, los hechos y las omisiones.

Solamente nos hemos de ocupar aquí de los bienes en su aspecto jurídico, ó sea de lo que, perteneciendo á la naturaleza no libre, es objeto de apropiación y entra en el poder de un particular, es decir, de las cosas de derecho humano, no las de derecho divino ó espiri-

tales que la Religión establece para la santificación del hombre, tales como las oraciones y los sacramentos; ni de las corporales ó eclesiásticas, subdivididas por el Derecho romano, en sagradas, religiosas y santas, en un principio, y luego en temporales ó particulares de la Iglesia, porque su regulación compete exclusivamente al Derecho canónico.

Contraído nuestro estudio á lo que constituye el objeto del Derecho patrimonial en sus dos clases de bienes y de prestaciones económicas, debemos empezar por hacer el exámen del artículo 233 del Código civil. Prescribe que se considerarán como bienes muebles ó inmuebles (no dice que lo sean, sino que la ley los tiene por tales) todas las cosas que son ó pueden ser objeto de apropiación. Esta es un acto ó una actuación de la libertad en la cosa para obtener de ella su utilidad. He aquí las dos esencias, económica y jurídica que encierra la propiedad. Resultado de esa actuación ajustada á la ley son los derechos reales.

Legislación foral

Entrando en su estudio, suscribimos el sentir de Manresa cuando dice que «donde tal vez ofrecía mayores dificultades la codificación civil en España y más reparos y reservas podían oponérsele, era en la materia de propiedad, porque quizás en ninguna otra del Derecho civil se muestra más acentuada la crisis de ideas y de costumbres porque atraviesan hoy las relaciones jurídicas de todo orden.»

Pero á esta observación, tan sagaz y profunda, derivada del concepto individualista de la propiedad, según el Derecho romano, incompatible, en gran parte, con los postulados de la ciencia jurídica moderna y las exigencias imperiosas de los tiempos, hay que ponerle, respetuosamente, no un reparo ni una rectificación, porque sería mancillar la virtud de ese saber; pero sí autoriza se le añada una indicación que la complete, á saber: que aún cuando Cataluña y Navarra tienen por fuente supletoria de su Legislación el Derecho romano, que prohijaron á título de representante del buen sentido y de la equidad, se hallan sujetas al régimen jurídico posterior á cuando perdieron su facultad de legislarse; impera, también, en aquéllas regiones, como en todas las de España, la ley general, informada en los principios modernos, y claro que, aunque los Códigos

de Justiniano, constitutivos de una evolución en el Derecho de la Ciudad eterna, estén tocados de individualismo, éste ha cedido en dichos territorios á la legislación general que les obliga, constituida por la desvinculación, desamortización, sucesión intestada, según la ley de Mostrencos, leyes de Aguas, Minas, Hipotecaria, etc.; en una palabra, que la propiedad ha sufrido reglamentaciones jurídicas á las cuales no pueden oponerse las legislaciones forales, sin que signifique esto una castración de su régimen jurídico privativo, en lo que no riña ni se oponga al llamado por Sánchez Román, Derecho de la propiedad, distinto del derecho de propiedad, que es, como dice este maestro, «la facultad, el poder del hombre de mantener su relación con la Naturaleza, utilizándola en satisfacción de sus necesidades».

Nuestro Código tampoco se ha sustraído á esa influencia individualista que formuló Roma y sancionó la Revolución francesa, lo cual constituye un defecto que importa corregir, bien advertido que para con la propiedad tiene el hombre, como dicen algunos pensadores, deberes sociales que cumplir, mayormente en estos tiempos de crítica y de indisciplina en que importa dar satisfacciones á la ciencia y soluciones de justicia en la crisis que plantea la lucha por la existencia.

Así es que esas esencias económica y jurídica de la propiedad no pueden estar reñidas, ni mirarse siquiera con prevención; hay que recojerlas y colocarlas con amor, como en vaso artístico de oro, dentro del gran orden social, donde se dan los llamados deberes mixtos, perfectos é imperfectos á la vez, cuyo estudio hicimos en el proemio del tomo II de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

Pasada esta digresión, veamos lo que dicen las legislaciones forales.

ARAGÓN

Los bienes se dividen en sitios ó inmuebles y muebles; entre los primeros compréndese el derecho á percibir un censo ó pensión ánua (Fuero único DE CENSIBUS).

El Código civil, en el número 10.º de su artículo 334, comprende bajo la denominación de bienes inmuebles los derechos reales constituidos sobre éstos. Luego en este punto no existe oposición entre

el Derecho general y el aragonés. Este clasifica los inmuebles e rústicos y urbanos, y prescribe en el Fuero DE PROHIBITA ALIENATIONE REI LITIGIOSÆ, libro II, que los bienes litigiosos no pueden enajenarse ni aún á favor del Rey, ni de persona real, como tampoco pueden serlo los bienes *emparados* ó sea asegurados, sobre los que hubiere litigio, (Observancia 9.^a DE RERUM TESTATIONE, libro I) bien que, al presente, esto se halla modificado por la ley Hipotecaria que, para asegurar las resultas de la providencia judicial, autoriza acordar la anotación preventiva sobre los inmuebles y derechos reales.

De donde resulta que el Derecho general de la propiedad ha venido, con sus reglamentaciones, á modificar la Legislación aragonesa, y así lo entiende D. Andrés Blas cuando dice que hoy pueden enajenarse los inmuebles y derechos reales que estén en litigio ó sea asegurados, toda vez que cabe anotarlos preventivamente.

En Aragón no solo son sitios los verdaderamente inmuebles si que los muebles aportados al matrimonio con tal calidad (Observancia 43 DE JURE DOTUM); pero esto es con relación á los cónyuges, dentro del régimen económico matrimonial, por los derechos y obligaciones que tienen éstos, indicados en el capítulo VII del tomo I.

También tienen la consideración de inmuebles los destinados al uso de éstos, como los abonos, máquinas, cosas adheridas, las vasijas de aceite y vino colocadas en las bodegas aunque no estén *soterradas* (Fuero DE VASIS VINARIIS ET OLEARIIS, libro V), disposición que vemos también en los números 4.^o y 5.^o del artículo 334 del Código.

Son también inmuebles los frutos naturales pendientes, los industriales y los mixtos no aparentes (Dieste Dic., V. frutos); los derechos que, por analogía, se consideran de esa clase; entre éstos el censo irredimible (Fuero DE CENSUALIBUS, libro IV), el de retroventa, el patronato activo y el usufructo, en sentir autorizado de los fueristas Portolés, La Ripa y Molino.

Como quiera que el Código civil obliga desde luego en Aragón y sus disposiciones no contradicen las del régimen jurídico de este territorio, es de aplicación lo prescrito en el artículo 334 que expresa cuáles son los bienes inmuebles, cuya clasificación hacen los autores por razón de su naturaleza, por su adherencia, por el uso ó servicio á que se destinan, por analogía y por ficción. En la primera clase se comprenden los de los números 1.^o y 8.^o, en la 2.^a los de los

el Derecho general y el aragonés. Este clasifica los inmuebles en rústicos y urbanos, y prescribe en el Fuero DE PROHIBITA ALIENATIONE REI LITIGIOSÆ, libro II, que los bienes litigiosos no pueden enajenarse ni aún á favor del Rey, ni de persona real, como tampoco pueden serlo los bienes *emparados* ó sea asegurados, sobre los que hubiere litigio, (Observancia 9.^a DE RERUM TESTATIONE, libro I), bien que, al presente, esto se halla modificado por la ley Hipotecaria que, para asegurar las resultas de la providencia judicial, autoriza acordar la anotación preventiva sobre los inmuebles y derechos reales.

De donde resulta que el Derecho general de la propiedad ha venido, con sus reglamentaciones, á modificar la Legislación aragonesa, y así lo entiende D. Andrés Blas cuando dice que hoy pueden enajenarse los inmuebles y derechos reales que estén en litigio ó sea asegurados, toda vez que cabe anotarlos preventivamente.

En Aragón no solo son sitios los verdaderamente inmuebles, si que los muebles aportados al matrimonio con tal calidad (Observancia 43 DE JURE DOTIUM); pero esto es con relación á los cónyuges, dentro del régimen económico matrimonial, por los derechos y obligaciones que tienen éstos, indicados en el capítulo VII del tomo I.

También tienen la consideración de inmuebles los destinados al uso de éstos, como los abonos, máquinas, cosas adheridas, las vasijas de aceite y vino colocadas en las bodegas aunque no estén *soterradas* (Fuero DE VASIS VINARIIS ET OLEARIIS, libro V), disposición que vemos también en los números 4.^o y 5.^o del artículo 334 del Código.

Son también inmuebles los frutos naturales pendientes, los industriales y los mixtos no aparentes (Dieste Dic., V. frutos); los derechos que, por analogía, se consideran de esa clase; entre éstos el censo irredimible (Fuero DE CENSUALIBUS, libro IV), el de retroventa, el patronato activo y el usufructo, en sentir autorizado de los fueristas Portolés, La Ripa y Molino.

Como quiera que el Código civil obliga desde luego en Aragón y sus disposiciones no contradicen las del régimen jurídico de este territorio, es de aplicación lo prescrito en el artículo 334 que expresa cuáles son los bienes inmuebles, cuya clasificación hacen los autores por razón de su naturaleza, por su adherencia, por el uso ó servicio á que se destinan, por analogía y por ficción. En la primera clase se comprenden los de los números 1.^o y 8.^o, en la 2.^a los de los

números 2.º, 3.º, 4.º y 6.º; en la 3.ª los de los números 5.º y 7.º; en la 4.ª, los del número 9.º y en la 5.ª los del 10.º

Los bienes muebles son los propiamente tales, los sitios cuando se llevan al matrimonio en calidad de muebles (Observancia 46 DE JURE DOTIUM), los frutos industriales aparentes y los mixtos también aparentes, é igualmente los frutos civiles vencidos, los semovientes y los derechos que, por analogía, tienen esa condición, como los créditos, el censo redimible y el violario ó censo vitalicio.

Claro que, teniendo los frutos industriales antes dichos la consideración de bienes muebles según el Derecho aragonés, al decir del fuerista Nougés, esto se halla en oposición con lo establecido en el número 2.º artículo 334 del Código, que no distingue entre si aquéllos son naturales ó industriales, bastando la circunstancia de que se hallen pendientes. A nuestro entender, el Código es lo aplicable, porque no vemos disposición expresa del Derecho aragonés contraria á esto, por muy respetable que sea la opinión del Sr. Nougés, anterior á la fecha en que se promulgó dicho cuerpo legal.

No podemos decir lo propio respecto del censo; éste si es redimible tiene la consideración de cosa mueble según prescribe el Fuero DE CENSUALIBUS, á diferencia del censo irredimible ó muerto que tiene la consideración de cosa inmueble; y aunque todos los censos señoriales son redimibles, y aún los que no tienen ese carácter, según dispone la ley de 1823, esto dice á la extinción de tales cargas, no á la naturaleza de las mismas, y de consiguiente, habiendo prescripción terminante del Fuero en este punto, no cabe, en nuestro sentir, que tenga aplicación el número 10.º del artículo 334 del Código que, considerando inmuebles los derechos reales sobre estos últimos, á cuya categoría pertenecen los censos, no distingue en si son ó no redimibles, ni puede hacerse hoy esa distinción.

Son también muebles en Aragón los enseres de molino, horno y baño, á pesar del Fuero que los consideraba sitios en las aprensiones, procedimiento derogado por la ley de Enjuiciamiento civil.

Los muebles se clasifican en fungibles y no fungibles; los primeros en preciosos y no preciosos; existentes y futuros; principales y accesorios, divisibles é indivisibles; en estas últimas cuatro clases, así como también en las de juzgados y litigiosos se dividen los bienes inmuebles.

CATALUÑA

En esta materia tiene por legislación el Derecho romano, según el cual los templos y sus altares, los ornamentos de los mismos, las cruces, los cálices y lo destinado al culto divino son cosas sagradas y están fuera del comercio de los hombres, pero pueden ser enajenadas para la redención de cautivos (Instituta § 8.º DE RER. DIV.), para el sustento de los pobres en casos calamitosos (ley 22 Digesto DE SACROSANT. ANALES) y para satisfacer las deudas de las Iglesias, si carecen de fondos suficientes para pagar á los acreedores (Novela CXX capítulo I).

Los cementerios están fuera del comercio de los hombres (Instituta § 9) y el lugar en que estuvo edificado un templo continua siendo sagrado después de su ruína (Instituta § 8 DE RER. DIV.)

Las cosas de derecho humano se subdividen en corporales é incorporales; las primeras pueden ser tocadas, COETANGIT POSSUNT; las segundas al contrario, COETANGIT NON POSSUNT, carecen de cuerpo, constituyen los derechos QUOE IN JURE CONSISTUNT (ley 1.ª Digesto DE DIV. RER. JU); Instituta DE RER. CORPORAL. ET INCORPORAL).

Los créditos ejecutoriados por sentencia firme son bienes corporales (Sentencia 28 de Diciembre de 1872) puesto que tienen valor y estimación como los corporales.

Las cosas corporales clasifican en muebles é inmuebles (ley 93 Digesto DE VERB. SIGNIF.) Las segundas, llamadas también raíces, son las que no pueden moverse por sí, ni por los hombres, sin alterarse su naturaleza (ley 17 Digesto DE ACTIONIB. ENTI ET VENDIT.) y, de consiguiente, son objeto de inscripción en el Registro de la propiedad, según preceptúa el artículo 4.º, en relación con el número 1.º del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

Los inmuebles se clasifican en urbanos y rústicos. Son urbanos los edificios aunque estén construídos en el campo; son rústicos las tierras y solares, aunque estén en las ciudades (leyes 166, 198, 221 Digesto DE VERBOR. SIGNIFICAT, ley 1.ª Digesto COM. PRÆT. TAM URB. QUAM RUSTIC.)

Ese carácter inmobiliario lo da la naturaleza de las cosas, ya rústicas, ya urbanas, del cual participan por razón de adherencia ó

por integrar el inmueble, y las que, aunque puedan moverse sin sufrir quebranto ni alteración, se hallan unidas á aquél, constituyendo parte del mismo (ley 44 Digesto DE REI VINDICAT).

Importa decir, para completar el anterior concepto, que las cosas muebles, quitadas ó retiradas momentáneamente del inmueble con la intención de volverlas á colocar en el mismo, como las tejas que se hubiesen arrancado del tejado para recomponerlo, conservan su cualidad inmobiliaria según el Derecho (ley 44 Digesto DE REI VINDICAT. y 13 y 17 Digesto DE ACT. ENTI ET VENDITI).

Esto pone de relieve la distinción que hemos hecho entre esencia económica y esencia jurídica, dentro de lo que constituye el orden de la propiedad: la teja y las demás cosas muebles, económica y realmente tienen este carácter, pero ya formando parte del inmueble, ya arrancadas de éste, con intención su dueño de volverlas á colocar donde antes estaban, tienen la consideración jurídica inmobiliaria, para que sobre las mismas pueda actuar el derecho.

Lo propio decimos de las cosas muebles destinadas á formar parte de un inmueble, como las estatuas, relieves, pinturas, máquinas, vasos, instrumentos y demás que comprenden los números 4.º y 5.º del artículo 334 del Código civil, que no se opone al Derecho foral.

Además hay bienes muebles que tienen la consideración de inmuebles por ser su objeto un inmueble, tales como los comprendidos en los números 9.º y 10.º de dicho artículo 334, que rige en todas las regiones de España, salvo la excepción que hemos hecho respecto de censos al tratar este punto según el Derecho aragonés.

Son inmuebles, en Cataluña, por naturaleza, los frutos pendientes de los árboles y plantas, las ramas secas de los árboles aún no cortadas y los abonos destinados al cultivo de las tierras (esto último es más propio del concepto, de la clasificación de los bienes por su destino). Por destinación de los hombres, son inmuebles los muebles destinados al uso de un inmueble, como las canales, y las llaves de las puertas (ley 17 Digesto DE ACTIONIB. ENTI ET VENDITI).

De importancia es la subdivisión de los predios en rústicos y urbanos, cuyo sentido y alcance hicimos al hablar de lo que se entiende por «finca», físicamente considerada, en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» y, sobre todo, en materia de retracto legal colindantes.

Los muebles, propiamente dichos, se subdividen en muebles y semovientes. Entre los primeros se comprenden las alhajas ó efectos

de plata ó pedrería; pero no se entienden comprendidos éstos entre los bienes muebles de una casa, cuando la expresión se usa en contraposición á la de «inmuebles ó raíces» precedida de la palabra bienes (Sentencia 29 de Mayo de 1867).

Mantiene relación muy estrecha con lo arriba dicho, lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 346 del Código civil preceptivo de que, cuando se use tan solo la palabra «muebles», no se entenderán comprendidos el dinero, los créditos, efectos de comercio, valores, alhajas, colecciones científicas ó artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías ó carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías, ni otras cosas que no tengan por principal destino amueblar ó alhajar las habitaciones, salvo el caso en que del contexto de la Ley ó de la disposición individual resulte claramente lo contrario.

Detengámonos en el comentario de este artículo, de aplicación en las regiones aforadas si no se opone á su régimen escrito ó consuetudinario, tanto directo como supletorio.

Empecemos por sentar la tesis de que al contexto de la ley y á la disposición individual hay que acudir, en primer término, para saber, en cada caso, qué es lo que se comprende bajo la locución «muebles». Solo cuando de ese contexto ó disposición resulte *claramente* lo que se desea saber, tendrá que aceptarse lo que de semejantes manifestaciones resulte; pero faltando esa claridad, no hay otro guía en la consulta que ese párrafo 2.º del artículo 346, de suyo explicativo y hasta casuístico si se quiere, bien que entraña un concepto fundamental donde se encierra el pensamiento del Legislador, á saber: que deben distinguirse estos dos casos: uno, cuando á la palabra «muebles» antecede la de «bienes», y otro, cuando esto no ocurre, esto es, cuando se emplea solo la palabra «muebles». En el primero, debe acudirse á lo prescrito en los artículos 335 y 336, determinativos de que se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación, no comprendidos entre los inmuebles y, en general, todos los que se pueden transportar de un punto á otro sin menoscabo de la cosa inmueble á que estuviesen unidos (si estuviesen unidos y si para separarlos hubiese tal quebranto, serían inmuebles por adherencia), como también tienen esa condición mobiliaria las rentas ó pensiones, sean vitalicias ó hereditarias, afectas á una persona ó familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios; en el segundo, esto es, cuando á la palabra «muebles» no le

precede la de bienes, se comprenden unicamente bajo esa locución, á falta de claro contexto de la ley ó de disposición individual, las cosas que tengan por *principal* destino amueblar ó alhajar las habitaciones, es decir, lo que se conoce con tal nombre en el lenguaje vulgar y corriente. Con esto el Legislador confía la interpretación de la norma del STATUS INDIVIDUI á la autoridad del vulgo, valga la palabra, al juicio del pueblo, como fiel contraste del valor y significación de las palabras.

El desarrollo de este punto nos obliga á comentar el artículo 347 del Código, de oscura inteligencia para muchos, prescriptivo de que, cuando en venta, legado, donación ú otra disposición en que se haga referencia á cosas muebles ó inmuebles, se transmite su posesión ó propiedad con todo lo que en ellas se halle, no se entenderán comprendidos en la transmisión el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida, á no ser que conste claramente la voluntad de extender la transmisión á tales valores y derechos.

Vemos aquí, también, que el Legislador defiere su ordenamiento á la voluntad clara del transmisor de las cosas por venta, legado, donación ú otra disposición en que se haga referencia á cosas muebles ó inmuebles. Faltando esa voluntad ó si, habiéndola, no es clara, bajo las palabras cosas «muebles» ó «inmuebles» se comprende, respectivamente, todo cuanto encierran los artículos 334, 335 y 336; pero esto, en absoluto, sería dar demasiada extensión á los preceptos citados, con perjuicio de tercero y en contra de la voluntad de ese transmisor; de consiguiente, no se entenderán comprendidos el metálico, valores, créditos y acciones, cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida.

De manera que si en un legado se dice—caso que hemos tenido en la práctica—que se dejan á X los muebles ropas y cuanto exista en la casa, se comprenden bajo esta expresión los frutos allí existentes y todo lo que no sea metálico ó valores, créditos y acciones, etcétera.

Para escribir este comentario, hemos tenido en cuenta la opinión de Manresa.

Los bienes muebles se subdividen, en muebles, propiamente dichos y en semovientes; estos últimos son los que pueden moverse por sí, naturalmente, los animales (ley 93 Digesto, DE VERBOR. SIGNIFICAT.)

Los inanimados se subdividen en fungibles y no fungibles y, á

este respecto, prescribe la ley 2.^a Digesto, DE REB. CREDIT, que los primeros no pueden usarse sin consumirse, en tanto que los segundos son de tal naturaleza que su uso consiste precisamente en la consumación. Esto es lo que viene á prescribir el artículo 337 del Código civil.

Sánchez Román dice que la distinción de las cosas en fungibles y no fungibles se funda en la diferencia que existe entre la especie y el género, y en este supuesto, de acuerdo con el sabio Giner de los Ríos, dice que las primeras son «aquellas que pertenecen á un género común, comprensivo de varias especies iguales ó que por tal se reputan y que permiten ser perfectamente representadas ó sustituidas las unas por las otras» y que las segundas son «aquellas que, específicamente determinadas, no pueden ser exactamente representadas ó sustituidas por otras».

El Código civil, ayuno de criterio científico en este punto, define como fungibles y como no fungibles las cosas en su cualidad de consumibles y no consumibles por su naturaleza, olvidando, en este respecto, como dice Manresa, la importancia que en las relaciones jurídicas puede tener la intención, la voluntad humana al estimarlas, bien advertido que, por tal voluntad, expresa ó tácita, de las partes, algunas veces lo consumible se considera no fungible y lo contrario, dado el concepto que hemos expuesto. De modo que, no á la naturaleza de las cosas, si que á la intención hay que atender para fijar esa diferencia. De otra suerte no son fáciles de interpretar, como dice dicho comentarista, los artículos 480 y 481 y los relativos á los contratos de préstamos mútuo y comodato.

En suma; que á la naturaleza de las cosas hay que atender para establecer en éstas la distinción entre consumibles y no consumibles, en tanto que á la intención ó voluntad hay que acudir para marcar la diferencia entre fungibles y no fungibles.

NAVARRA

Su legislación no clasifica las cosas, y como la integra el Derecho romano como supletorio en primer grado, á las disposiciones de éste debe acudirse en orden á la clasificación de los bienes, que lo es, como hemos dicho, por su naturaleza, su destino, su cualidad y sus propiedades; esto último dice á la distinción de las cosas en principales y accesorias, de gran importancia en materia de accesión.

Es de citar la sentencia de 9 de Marzo de 1861, declarativa de que los bienes muebles, semovientes, ropas, censos y granos no pueden tener nunca en Navarra la consideración de troncales, limitada exclusivamente á los raíces en los casos que proceda, con arreglo á derecho.

VIZCAYA

Su Fuero no clasifica las cosas, lo cual verifica la ley 14, título XX, que trata de los bienes muebles, raíces y tronqueros.

Dicha ley y las 16 y 25 del mismo título, hablan de los raíces del infanzonado, de carácter troncal, de malfetría, dotales, conquistados, etc. Puesto que el Código civil es supletorio en Vizcaya, á sus disposiciones hay que acudir en orden á la clasificación de los bienes.

BALEARES

Lo arriba dicho respecto á que debe acudirse al Código civil, en esta materia, es aplicable á Baleares.

De los bienes según las personas á que pertenecen

La ley 2.^a, título XXVIII, Partida III, concordante con la 2.^a, título VIII, libro I del Digesto, siguiendo el ejemplo de los jurisconsultos romanos, clasificó las cosas, en cuanto á su propiedad, en comunes, públicas, de corporación ó universitarias, privadas y de nadie. Estas últimas llamadas NULLIUS, son aquellas cuya propiedad y disfrute á nadie pertenece, y según las leyes 5, 17, 49 y 50, título, XXVIII, Partida III, se hallan en condiciones de ser adquiridas por su ocupación, ya por no haber tenido nunca dueño, como los terrenos desconocidos, ya por haber sido abandonados como el tesoro ignorado, de cuyo dueño no hay noticia.

De estas cinco clases de bienes, el artículo 338 del Código civil ha suprimido los comunes y los NULLIUS; los primeros, porque si las cosas no pertenecen á nadie en propiedad y están dadas por la Naturaleza para el uso de todos, no para determinadas personas, pues entonces entran en el concepto de propiedad en común por razón de

un título, no pueden comprenderse bajo el epígrafe del capítulo III, libro II del Código, que presupone propiedad en ellas. Por esta misma razón el Legislador no ha podido incluir las llamadas *NULLIUS*, ya que no pertenecen á nadie y nadie tiene en ellas disfrute, como dice el Código Alfonsino.

De consiguiente, nuestro estudio se ha de contraer á las cosas públicas, á las de universidad y á las de particulares; siendo de consignar que las aguas tienen la cualidad de comunes á todos los seres, según la ley 2.^a, título XXVIII, Partida III, concepto que ha sido modificado en nuestro derecho por lo que respecta á las aguas privadas y á las públicas; éstas en lo que se refiere á sus aprovechamientos en forma de concesiones administrativas, por la ley de 13 de Junio de 1879, y por lo que atañe á la clasificación del mar, en abierto y cerrado ó litoral: el primero que separa los continentes (no puede ser objeto de apropiación); el segundo, limitado por el territorio de una sola nación y que es parte del país que lo contiene, por ejemplo el mar Caspio, y el tercero, que es la extensión de agua propiedad de las naciones cuyas costas baña, hasta seis millas hacia dentro, paralelas á la costa. En España se halla regulado por la ley de puertos de 1880.

El artículo 338 establece que los bienes son de dominio público ó de propiedad privada; de los primeros trata el artículo 239, y, relacionándolo, mejor, completándolo con lo dispuesto en los artículos 240 y 241 para que el concepto quede integrado, es de consignar lo siguiente:

Bienes del Estado

Los bienes del Estado pueden ser de tres clases: los que éste cede en uso al público; los que se reserva para sí, y los que posee como persona jurídica, como cualquier particular. En los primeros el Estado realmente no tiene propiedad, su dominio es del público, aquél solo tiene pertenencia en ellos, como representante jurídico de la sociedad, como son los caminos, canales, ríos, torrentes, puentes y puentes construídos por el mismo, las riberas, playas, radas y otros análogos; pero cuando dejan de estar destinados al uso general, pasan á formar parte de los bienes de propiedad del Estado, no con el carácter de persona social, sí que con el de persona jurídica, que tiene su propiedad privada.

Pero el Estado tiene bienes que no destina al uso común, aunque sí al servicio público ó al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas, mientras no se otorgue su concesión. Pues bien; aún cuando estos bienes corresponden, realmente, á la sociedad organizada, tan luego como dejan de estar destinados á las necesidades de la defensa del territorio, pasan á formar, como los otros, propiedad del Estado, no en su concepto de persona social, sino en el de persona jurídica.

De manera que los bienes pertenecientes al Estado, que no se destinan al uso público, ni á ningún servicio de este carácter, ni al fomento de la riqueza nacional, como tampoco las minas antes de ser otorgada su concesión administrativa, corresponden al mismo como tal persona jurídica.

Adviértase que los montes no figuran expresamente comprendidos entre los bienes de dominio público expresados en el artículo 339, lo cual obliga á decir que por las leyes desamortizadoras de 1855 y 1856 se exceptuaron de la enajenación los montes destinados á los servicios en ellas expresados y marcaron el procedimiento que había de seguirse para tal declaración. Por la ley de Montes, de 1863 y su reglamento de 1865, se aumentó el número de montes del Estado, no enajenables, incluyendo en esta clase los que reuniesen las condiciones establecidas por razón de su cabida y especie arbórea. Los exceptuados de venta, ya fuesen del Estado, provincia, de los pueblos ó de los establecimientos públicos, habían de catalogarse, por prescripción de la ley de 11 de Julio de 1877, y para que la acción del Estado sobre estos bienes no enajenables fuese lo más intensa posible en beneficio del interés general, se dispuso que se hiciera cargo de ellos el Ministerio de Fomento para que quedasen definitivamente en poder de aquél, en tanto que los que no habían de enajenarse, exceptuados del catálogo, pasaron al Ministerio de Hacienda para ser vendidos; todo lo cual lo dispuso el Real decreto de 28 de Noviembre de 1883.

De manera que los montes patrimoniales del Estado son los que, debiendo ser considerados como públicos, no se han entregado por cualquier causa al Ministerio de Fomento; los que, en virtud de aquella clasificación, se han declarado enajenables ó en lo sucesivo se declaren por el Ministerio de Fomento, y los que el Consejo de ministros, previa consulta del de Estado, considere que deban comprenderse entre los vendibles en virtud de reclamación del Ministe-

rio de Hacienda, denegada por el de Fomento; en tanto que los montes exceptuados de venta que corren á cargo del Ministerio de Fomento, porque así lo exige el interés general, continúan siendo de servicio público, condicionado por la legislación administrativa del ramo.

También son del Estado los bienes secuestrados al ex-infante don Carlos; los de carácter eclesiástico, según los términos del convenio celebrado en 1859-60, con la Santa Sede, los cuales deben ser permutados por inscripciones intransferibles de la Deuda pública. Igual carácter tiene el 20 por 100 de propios de los pueblos y los bienes de instrucción pública superior, cuyos productos ingresen en la Caja del Estado.

Bienes nacionales son los que, pertenecientes á la desamortización civil y eclesiástica, se incorporaron al Estado y pertenecieron principalmente á las corporaciones suprimidas.

Además, el Estado tiene otros bienes, como son los edificios del mismo, en cuanto se les considera objeto de venta ó permuta, que entran en el comercio como medios de carácter económico, según las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y 21 de Diciembre de 1876.

De igual naturaleza participan, como bienes del Estado, las minas de que éste es propietario y explotador. Proceden tales minas, hoy las de Almadén y Linares, de excepciones hechas por las leyes desamortizadoras, y sus productos constituyen una renta de aquél al igual que las salinas de Torrevieja que son de la misma pertenencia y procedencia.

Son patrimoniales también del Estado los baldíos, es decir los que, no perteneciendo al dominio particular y si al público se hallan ociosos ó no están destinados á labor, ni se hallan cubiertos de árboles; los frutos de ellos, espontáneos, son del que los recoge. Se incluyeron en situación de venta por la ley de 1855.

Por último también le corresponden, aunque toman el nombre de bienes nacionales, los procedentes de la desamortización civil y eclesiástica, según las leyes de 1.º de Mayo de 1855 y 17 de Julio de 1856 y se distinguen entre bienes verdaderamente del Estado para los efectos de la venta y los de Corporaciones civiles.

Bajo la denominación «bienes de propiedad privada», que aparecen en el artículo 340, no se comprenden los bienes de particulares como tampoco las cosas de universidad ó de corporación, de las cuales trata dicho cuerpo legal en sus artículos 343 y 344.

El primero de éstos clasifica los bienes de las provincias y de

los pueblos en de uso público y de patrimonio. Los primeros son los caminos provinciales y los vecinales; las plazas, calles, puentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeados por los mismos pueblos ó provincias; los segundos ó patrimoniales de los pueblos son aquellos en que no existe ese uso público y no se rigen por leyes especiales, sino por las disposiciones del Código, salvo en lo que las leyes especiales determinen.

De manera que las leyes reguladoras de los bienes de uso público son la provincial y la municipal y todo cuanto á las mismas completa, en tanto que los bienes patrimoniales de las provincias y de los pueblos tienen por régimen el Código civil, menos en aquello que dispongan las leyes especiales.

La Instituta, § 6 DE RERUM DIVISIONE, prescribe que las calles, plazas, ejidos, paseos, jardines, parques y demás sitios destinados para el tránsito público en las poblaciones y para la comodidad, recreo y abastecimiento de sus habitantes, son del dominio público de los que moran en las poblaciones, quienes vienen obligados á cumplir los bandos y prescripciones de las autoridades. Esto es lo que viene á estatuir el artículo 344 del Código.

Un Usatge, incluido en las Costumbres de Cataluña, volumen I, libro IV, título V, determina con claridad y exactitud el concepto jurídico de los bienes de aprovechamiento común, diciendo que son aquéllos en que el Estado no tiene dominio privado ni libre disfrute, ni disposición, perteneciendo su aprovechamiento, sin obstáculo ni tributo de ninguna clase, á la masa de los habitantes, aprovechamiento que en catalán se llama *empriu* ó *ampriu*.

Tales bienes son los caminos públicos, las aguas corrientes y fuentes vivas, los prados, los bosques, los carrascales y las rocas.

Debe tenerse en cuenta, en orden al concepto de caminos provinciales y municipales, la ley de carreteras de 4 de Mayo 1877.

Las Cartas de población de Agramunt, Lérida y Tortosa contienen análogas disposiciones á las de dicho Usatge. Por la Carta de población de Figueras, las aguas eran de aprovechamiento común, como se dispone en el Código de Tortosa, libro IX, rúbrica 21.

Las leyes generales del Reino posteriores al Decreto de Nueva planta han modificado la materia anterior, en orden á dichos aprovechamientos.

Entre los bienes patrimoniales hay que distinguir los llamados de propios y los de aprovechamiento común. A los primeros sí que les cuadra, realmente, el nombre de patrimoniales, cuyos municipios

y provincias hayan adquirido y posean, los cuales fueron objeto de la desamortización decretada por las leyes de 1855 y 1856, bienes que el Estado pone en venta, recibiendo el 20 por 100 de su importe y quedando el 80 por 100 restante para su inversión en láminas intransferibles de la Deuda pública que se entregan á dichas corporaciones.

Los otros bienes de los municipios que, teniendo la consideración de patrimoniales, no son de los llamados «propios», reciben el nombre de comunes ó de aprovechamiento común, puesto que de ellos usan los vecinos del pueblo con más ó menos limitaciones, como las *dehesas boyales*, de que tratan las citadas leyes, exceptuadas de la desamortización por el Real decreto de 10 de Julio de 1865 y la ley de 8 de Mayo de 1888.

A la colonización interior importa que muchos terrenos incultos entren en cultivo, y á ello tendió la ley que lleva tal nombre, debida al ilustre exministro de Fomento Sr. González Besada y el proyecto de ley todavía no discutido en el Parlamento.

Los otros bienes, que no son ni los llamados propios ni los comunales pertenecientes á las provincias y á los pueblos, son de propiedad privada de éstos, que se rigen, como hemos dicho, por el Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales.

Bienes del Real patrimonio

Son los que, específicamente determinados, y sin perjuicio de las asignaciones del Rey y de su familia, incluídas en la llamada lista civil, constituyen la dotación ó haber del Trono, para su mayor esplendor.

Durante el régimen absoluto se confundieron los poderes públicos y quedaron concentrados en una sola mano; nada de extraño tenía, por tanto, que se confundiesen y recayesen en una misma persona, como propietaria, los bienes patrimoniales del Estado y los que constituían el capital ó hacienda del monarca, confusión que vemos en la ley 1.^a título XVII, Partida II y en el título V, libro III de la Novísima Recopilación.

Pero aparece el régimen constitucional; la soberanía reside en las Cortes con el Rey, y, hecho el deslinde de los poderes, era obligado verificar el de aquéllos patrimonios. Por esto la ley de 12 de Mayo 1865 fijó el verdadero carácter jurídico de los bienes del Real

patrimonio, considerándolos como de un mayorazgo que se transmite de un rey á otro, siguiendo las condiciones que tales vinculaciones civiles tienen, distinto del patrimonio particular del monarca, pues éste se rige por el Código civil. Estos bienes no pueden enajenarse ni gravarse ni están afectos á responsabilidad alguna y son imprescriptibles, porque á la muerte del monarca pasan á su sucesor.

La ley de 18 de Diciembre de 1869, producida en un período revolucionario, autorizó la enajenación de los bienes del Real patrimonio, considerándolos como de la Nación española, y aún cuando se vendieron algunos á particulares, la mayor parte de ellos se conservó, quedando, de hecho, fuera de la desamortización, hasta que, hecha la Restauración dinástica, se dió, en 26 de Julio de 1876, una ley que derogó aquélla, restablecedora, en su artículo 5.º, de la de 1865, á excepción de las disposiciones contenidas en su artículo 18 que quedó derogado.

Posteriormente se han dado las leyes de 13 de Junio de 1878 y 13 de Julio de 1882 y está vigente el artículo 6.º de la de 26 de Junio de 1876, preceptivo de que «el Rey podrá disponer de su caudal privado—esto es, de lo que no constituye el Patrimonio real—por actos entre vivos y por testamento, conformándose á las prescripciones generales de la Legislación civil, que regirán asimismo en el caso de abintestato».

Ferrocarriles

Estudiando el artículo 339 del Código, vemos que entre los bienes de dominio público no se comprenden los ferrocarriles, y en este punto, no obstante la palabra «camino» que en el precepto figura, opinamos con Manresa que las vías férreas, dada la legislación administrativa que las regula, no pueden incluirse ni cuando las explota el concesionario, ni cuando las explota el Estado. Son propiedad del concesionario ó del Estado, según sea quien las explote, y á este último tienen que pasar los explotados por particulares cuando termine la concesión por virtud de lo dispuesto en la ley de 1855.

Luego la palabra caminos se refiere á otros que, aunque de la pertenencia de la sociedad, se destinan al uso público no tarifado.

No estará de más citar aquí la Sentencia de 15 de Enero de 1898 que desestimó la demanda reivindicatoria interpuesta por un Ayun-

tamiento respecto de terrenos de dominio público que había de ocupar un ferrocarril y sus dependencias, por no tratarse de los de patrimonio municipal y sí de los de dominio público no reservados al pro común.

Canales

No ocurre lo propio con los canales; ya se destinen al riego, ya al abastecimiento de las poblaciones, son de uso público, aún cuando su aprovechamiento, que implica una apropiación del agua que por ellos discurre, sea objeto de concesión administrativa, donde se concilian los intereses del concesionario y los de los particulares.

Bienes de particulares

No los detalla el Código; lo único que dice en el artículo 345 es que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del municipio, los pertenecientes á particulares individual ó colectivamente; esta última palabra significa que el propietario de ellos no es solo uno, sino varios, que fundan su derecho, ya en título universal, ya en título singular, existiendo entre ellos la proindivisión ó un nexo jurídico derivado de una sociedad, en sus distintas naturaleza y clases.

Según el Real decreto-sentencia de 9 de Agosto de 1899, debiendo considerarse como bien de propiedad privada la pared construída á expensas de los vecinos de un pueblo, compete á los Tribunales ordinarios conocer de la demanda negatoria de una servidumbre nacida con dicha pared.

Bienes mostrencos

Las cosas real y voluntariamente abandonadas por sus dueños corresponden al primero que las ocupa, en respeto al principio jurídico *POST EX FACTO ORITUR JUS*; pero aquellas que, sin ser abandonadas, carecen de dueño conocido, el Estado las hace suyas en virtud del dominio eminente que tiene en la propiedad, las cuales

se denominan bienes mostrencos y son los vacantes sin dueño conocido, por no poseerlos individuo ni entidad alguna; los buques naufragados que aparecen en las costas del Reino, así como sus cargamentos, frutos, alhajas y demás efectos que lleven cuando, expirado el plazo prevenido por las leyes, no se presenta su dueño; todo lo que el mar arroja á las playas cuando su dueño se desconoce, pero no los productos naturales del mar, que son del primero que los coje; los bienes detentados y poseídos sin título legítimo, incumbiendo al Estado la prueba de que no es dueño legítimo el detentador ó poseedor de ellos, sin que éstos puedan ser compelidos á la exhibición de sus títulos ni inquietados en la posesión hasta ser vencidos en juicio, pues en favor del poseedor está la presunción JURIS TANTUM de que es el dueño de la cosa mientras no se pruebe lo contrario.

La prescripción, con arreglo á las leyes comunes, puesto que es un modo de adquirir, excluye las acciones del Estado sobre esos bienes sin dueño legítimo conocido y cierra la puerta á las reclamaciones contra todos los detentadores y poseedores.

Son también mostrencos, que se rigen por dicha ley de 1835, los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes; pero debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en los artículos 956, 957 y 958 del Código civil, reguladores de la sucesión del Estado, el derecho de éste á heredar es á falta de parientes del sexto grado en la línea colateral del difunto y no del décimo grado como prescribió dicha ley, modificación que alcanza á todas las regiones de España.

Tienen ese carácter todos los bienes de fundación cuya adjudicación se pidió antes del 23 de Noviembre de 1856 y los de abintestato, referentes á personas fallecidas hace largo tiempo sin haber dejado descendientes ó parientes conocidos.

En estos bienes la Hacienda tiene la administración y los aplica á las necesidades nacionales, especialmente al pago de la Deuda pública, constituyendo uno de los arbitrios permanentes de la desamortización.

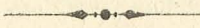
Cuanto hemos dicho arriba se ajusta á la ley de Mostrencos de 16 de Mayo de 1855 y á la de Puertos de 7 de Mayo de 1880.

No terminaremos este capítulo sin citar las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Abril, 30 de Octubre y 17 de Noviembre de 1909, que, resolviendo recursos de casación en causas sobre hurto, califican de este delito la sustracción de fluido eléctrico, por

tener la condición de bien mueble conforme al artículo 335 del Código civil y no el de estafa.

Ciertamente que esta doctrina se ajusta al espíritu y letra de dicho precepto legal; éste, siguiendo el criterio de exclusión, reputa bienes muebles los no comprendidos entre los inmuebles, á base de que sean susceptibles de apropiación, sin que quepa determinar cómo ha de verificarse ésta; basta que la cosa, por su naturaleza, sea de las que puedan entrar en el patrimonio del hombre por el acto físico de apropiarlas para que, no teniendo la consideración jurídica de inmueble, reciba la reputación de mueble, lo mismo á los efectos de la ley civil, que de la penal, que de la administrativa, pues el Código civil, por disposición de su artículo 16, suple las leyes especiales.

También son de citar los artículos 4.º y 110 de la ley Hipotecaria vigente. Según el Código, son inmuebles los objetos muebles colocados permanentemente en los mismos para su adorno, comodidad ó explotación ó bien para el servicio de alguna industria, así como los frutos pendientes mientras estén unidos á la tierra ó formen parte integrante de la finca, y á pesar de esto, en contra de lo que prescribía la ley anterior, ahora no se entienden hipotecados, á menos de que por pacto *expreso* se disponga lo contrario; reforma inspirada en el propósito de dar margen al desarrollo del crédito pignoraticio, tanto agrícola como industrial, como decimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».



CAPÍTULO II

Del dominio; su extensión, clases y limitaciones

En el capítulo anterior hemos sentado el supuesto de que en la Propiedad se encierran dos esencias, la económica y la jurídica; bajo este doble aspecto se la estudia por economistas y juristas, levantando unos y otros el vuelo del discurso hacia las regiones de la Filosofía en busca de la última razón ó del porqué que la justifique. En esa labor—referida á la propiedad individual, que fué la gran conquista del progreso humano—no puede prescindirse, antes sirve de valioso guía de investigación, de que en ella han influido, influyen y seguirán influyendo, como dice Durán y Bas, la familia y el Estado: la primera, asignando al dueño el orden de los deberes que con preferencia debe cumplir, y el segundo, organizándola como la naturaleza de la misma lo requiere y como las condiciones de la civilización nacional lo reclaman.

Mientras la palabra «propiedad» tiene esa acepción amplia ó genérica para expresar dichas esencias, el dominio es voz específica; refiérese á la jurídica, claro que sin prescindir de la económica, ó sea, que comprende las relaciones de derecho á un objeto determinado, sometido á nuestro poder de una manera más ó menos absoluta, y aún sobre las cosas incorporales, como un crédito, por ejemplo. Hemos procurado recoger, en este concepto, la significación que del dominio dan los Sres. Azcárate y Planas y Casals.

En el uso, la palabra propiedad sufre reducción de sentido, considerándola como desmembración del dominio en lo que no significa

facultad de aprovechamiento, en tanto que el dominio constituye la plenitud de todos los derechos en las cosas entradas en nuestro patrimonio.

Los romanos lo dividieron en quiritarario y bonitario, á cuyos conceptos correspondía un diverso sentido de la palabra propiedad, y aún cuando esa locución parece anticuada y nos recuerda situaciones de dureza en la antigüedad y en la Edad Media, conservándose como una de las muchas taras de civilizaciones, nunca ya tan sugestiva como la palabra propiedad, que simboliza un derecho más humano y modernizado, es lo cierto que ambos léxicos se toman por sinónimos y los vemos indistintamente empleados, no ya en las obras de los tratadistas, si que en el mismo Código civil, leyendo los artículos 348 y 1.940 del mismo. Pero como el nombre no hace á la cosa, huelga incidir en este punto, más de explicación didáctica que de aplicación práctica.

Ya Gregorio López, el gran comentarista de Las Partidas, dijo que propiedad y dominio son una misma cosa. Este cuerpo legal significó ambas con la palabra «señorío» y dijo que es «poder que home ha en su cosa de fazer della lo que quisiere segund Dios et et segund Fuero».

Claro que esta definición del dominio no tiene la dureza que le dió el Derecho romano, al decir que es *PLENA IN RE CORPORALI POTESTAS*, porque en esta totalización de derechos sobre la cosa, el poder del individuo fué condicionado por el Rey sabio al prescribir que el derecho de «facer lo que el dueño quisiere» había de ser «segund Dios», es decir, según el Derecho natural, y «segund Fuero», esto es, con arreglo al Derecho positivo, constituido por usos, por costumbres y por leyes.

El artículo 348 del Código civil define la propiedad diciendo que es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes, y añade que el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla. El Legislador casi ha traducido la definición romana; pero ha prescindido de lo que en las escuelas se dice acerca de que ese derecho no solo tiene las limitaciones establecidas por la ley, norma social, si que las derivadas del convenio ó de la voluntad del testador, y por esto dice el señor Sánchez Román, con gran sentido, que la propiedad es un derecho constituido en cosa corporal (¿porqué no en cosa incorporal, como es el crédito, puesto que una y otra entran en el régimen jurídico patrimonial?) que otorga una persona, el poder

exclusivo (no se refiere á la propiedad dividida ni á la en común) de su libre disposición y aprovechamiento, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes ó por la voluntad del transmitente.

En ese artículo, el Legislador, no solo sigue lo dispuesto en el 391 del proyecto de 1851, si que la Legislación romana, contenida en la ley 21, título XXXV, libro IV del Código, viendo en la propiedad el *JUS UTENDI*, el *JUS FRUENDI*, el *JUS DISPONENDI* y el *JUS VINDICANDI*; pero no el *JUS ABUTENDI*, en el sentido duro que le dieron algunas escuelas como significando la facultad caprichosa de quebrantar las cosas ó de destruir una riqueza sin provecho alguno—sino el derecho de transformación para servirse de ellas, que va embebido y es parte integrante del concepto de propiedad, no sin expresar que á ese *JUS ABUTENDI* se le dió otro sentido por los romanos, expresando con él todo uso que extinga que consume por actos del propietario las cosas fungibles—*UT VINUUM, OLEUM*, etc.

El concepto de la propiedad dado por el Código es, si no total, bastante individualista; consagra el poder del hombre sobre la cosa, sin otras limitaciones que las de las leyes, y claro que, si éstas permiten que los terrenos estén incultos, sin recibir el favor del trabajo, se atenta con ello á la naturaleza económica de la propiedad, surgiendo, con semejante abandono, el *JUS ABUTENDI* pasivo ó el *JUS NON FRUENDI ET NON DISPONENDI*, diríamos nosotros, según que las cosas sean ó no fungibles, á la sombra del cual se crea y extiende el latifundismo, que en Roma, por ese mismo carácter individualista de aquélla, produjo, como produce en España, la miseria y la incultura.

Porque se abusa de la propiedad de dos maneras, por acción y por omisión; esta última ocurre cuando no se la hace servir, dejándola yerma y abandonada, sin recibir el beso fecundante del trabajo.

En el derecho de goce, que atribuye facultad de percibir las rentas ó frutos y, en general, el lucro de la cosa, va embebido el de usar y servirse de la misma según su destino general. Dando mala extensión á este derecho se comprenderían en él y se comprenden al presente, á favor del sentido individualista de la propiedad, el poder de servirnos de las cosas, no ya solo para la satisfacción de las necesidades racionales, si que para los personales caprichos, forma ésta del *JUS ABUTENDI*, no compatible con los deberes que el hombre tiene para con aquella.

En el ejercicio de ese goce requiérese el derecho de exclusión, esto es, que solo el propietario de la cosa lo tenga y no que corres-

ponda á otro, considerando, en este caso, la propiedad en su sentido de entera ó completa, pues si el goce lo tiene persona distinta del propietario, como en el usufructo, por ejemplo, no tendremos aquél concepto totalizado propio del dominio.

Hemos dicho que el *JUS DISPONENDI* es uno de los que integran el dominio; por él entendieron los romanos el poder que compete al dueño sobre sus cosas para transmitir las, gravarlas y transformarlas; esto último si no eran de la condición de fungibles.

Y respecto al *JUS VINDICANDI*, consistía en el derecho de reclamar el dueño su cosa con los frutos, accesiones é indemnizaciones por menoscabos, consagrado por el principio jurídico *RES UBIQUE SIT, PRO DOMINO SUO CLAMAT*.

Para cerrar este punto, importa decir que, por sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Febrero de 1855, 3 de Diciembre de 1857, 13 de Diciembre de 1865, 25 de Febrero y 10 de Mayo de 1869 y 8 de Febrero de 1878, la facultad de destruir las cosas se entiende sin perjuicio de otro derecho particular y sin inferir daño al interés público, como prescribió la ley 13, título XXXII, Partida III.

Asimismo, no estará de más significar que, dentro del derecho genérico de reivindicación, se comprenden los interdictos de retener ó recobrar la posesión, de obra ruinosa; la acción *AQUÆ PLUVIÆ ARCENDE*, establecida para evitar los perjuicios en la variación del curso natural que tengan las aguas pluviales que caigan sobre una casa ó que procedan de estancamiento de las aguas de las mismas; la rescisoria para contener los efectos de la prescripción adquisitiva, atacando el título del derecho; la negatoria para libertar la cosa de servidumbre no debida, pidiendo indemnización y que se aperciba al perturbador para que se abstenga de servirse de ese gravamen; la *AD EXHIBENDUM*, dirigida á que se pongan de manifiesto títulos para, con conocimiento de éstos, preparar la demanda, y, por último, la *publiciana*, por la cual, quien tiene un derecho mejor fundado en justo título que el poseedor de la cosa, pide á éste le sea restituída con sus frutos, accesiones y abonos de menoscabo.

De todas estas acciones, la verdaderamente reivindicatoria es la más principal; quien la deduzca tiene el deber de identificar la cosa que trate de pedir (Sentencia de 17 de Abril de 1909), señalándola con claridad para que no se confunda con otra, así como debe presentar el justo título de dominio, probando este derecho, sin que sea necesario tenerlo inscrito en el Registro de la propiedad, cuando la demanda no va contra tercero, dados los términos de los artículos

23, 33 y 389 de la ley Hipotecaria, así como debe cumplirse lo dispuesto en el artículo 24 de la misma, cuyos comentarios hicimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial». Ese artículo 24 de la ley Hipotecaria, con su precedente de la ley de 21 de Abril de 1909, se funda en lo declarado por el Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia de 19 de Abril de 1905.

Limitaciones y extensión del dominio

Puesto que el artículo 348 del Código atribuye al propietario unos derechos con las limitaciones establecidas en las leyes, importa saber cuáles son éstas, siquiera sea de una manera general, porque el carácter de esta obra nos veda entrar en otra clase de estudios; basta decir que esas limitaciones pueden obedecer: á motivos de ornato, salubridad pública, seguridad personal y á cuanto constituyan disposiciones reglamentarias de policía urbana y rural; á motivos de utilidad pública que justifiquen la expropiación forzosa á tenor de lo que dispone el artículo 349; á los de concurrencia de ciertos aprovechamientos por la distinción entre el suelo y el subsuelo (artículo 350); al hallazgo de tesoro (artículo 351); á los de concurrencia de un tercero que no debe sufrir el abuso de la autoridad; á ciertas limitaciones impuestas por disposición legal, especialmente las tomadas por el Gobierno, que impiden ciertos aprovechamientos y condicionan otros por razones fiscales, así como las referentes á herencia en persona legítima, considerados los bienes en situación de vacantes, prescripción, etc., y por aquellas limitaciones nacidas del contrato, como servidumbres, censos, prendas, hipotecas, condiciones resolutorias y derechos de goce, dentro de los cuales se comprenden el usufructo, uso, habitación, sin excluir las que proceden de testamento, en cuanto sean válidas.

De donde resulta que ese derecho de propiedad no es completamente absoluto; se tiene dentro de las leyes, nunca fuera de éstas, y tiene su extensión, como vamos á tratar.

Prescribe el artículo 350 que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella.

Terminara aquí el precepto y resultaría que el propietario haría suyas las cosas del subsuelo, como prescribió la Legislación romana y por esto, en las ventas se decía, de una manera gráfica, que se transmitía la propiedad desde el cielo hasta el infierno.

Pero esto, que cabía dentro de aquel concepto individualista de la propiedad, tuvo una total rectificación en el Derecho de Castilla, al prescribir las Ordenanzas de Felipe II y después, al disponerse por Real decreto de 4 de Julio de 1825, cuyos efectos alcanzaron á los territorios aforados que habían perdido su soberanía legislativa, que la propiedad de las minas correspondía al Soberano, sentido éste (de suyo absolutista, propio de la época en que reunía el Monarca todos los poderes del Estado) que fué rectificado por el Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, informado en un régimen constitucional que, proscribiendo aquel derecho regalista, declaró que las minas son de dominio público, correspondiendo al Estado conceder su aprovechamiento, de conformidad á lo prescrito en las leyes y demás disposiciones administrativas.

De manera que, en el derecho de propiedad, hay que hacer compatible, dentro de fórmulas de justicia, el interés individual con el social, para que no queden sin explotación productos constituyentes de riqueza y que dan lugar al establecimiento de industrias; por esto, ese artículo 350, después de señalar la extensión del derecho del dueño de la superficie á lo que está debajo de ella, en mérito de lo cual puede hacer en el subsuelo las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, pone un límite á esta facultad, diciendo que se entiende, salvo las servidumbres (en respeto al derecho individual y social) y con sujeción á lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas, y en los reglamentos de policía.

Hemos dicho que ese derecho de propiedad tiene otras limitaciones impuestas por el interés social, entre las cuales se comprenden los servicios fiscales que cercenan utilidades; aquéllas toman la forma de prohibiciones de ciertos cultivos, como los de tabaco y arroz (este último mediante acotamientos debidamente autorizados); prohibiciones que se extienden á respetar la constitución de servidumbres legales ó forzosas como las creadas por la ley de Aguas ó para fines puramente militares, veda en la exportación de ciertos productos en circunstancias transitorias de carestía, guerra, etc., y todo cuanto demás queda dicho.

Cerrando este punto, digamos algo acerca del tesoro, no sin advertir que todas aquellas limitaciones ó prohibiciones (no incluimos entre las primeras las contribuciones é impuestos, toda vez que son cargas establecidas para la vida económica del Estado), por lo mismo que parten de disposiciones posteriores á cuando los territorios aforados perdieron su soberanía, existen en éstos, y con

mayor razón forman parte, en su mayor número, de disposiciones administrativas, obligatorias en toda España.

Tesoro

El artículo 352 del Código civil define el tesoro, para los efectos de la ley y no en su sentido vulgar, diciendo que es el depósito oculto é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos cuya legítima pertenencia no conste.

Ha de ser depósito oculto é ignorado, porque si está á la vista no puede ser objeto de hallazgo; éste supone suerte en encontrar lo que no se busca; de manera que constituye un verdadero descubrimiento. El dinero, las alhajas ú otros objetos preciosos que forman el tesoro no es preciso que sean antiguos.

Si se conoce el dueño de las cosas, no hay tal tesoro para los efectos de la ley; quien las encuentre debe entregarlas á aquél para no incurrir en el delito de hurto, definido en el núm. 2.º del artículo 530 del Código penal; por esto declaró el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de Febrero de 1902 que, para que el depósito oculto é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos pueda constituir un tesoro en la acepción jurídica de la palabra, es forzoso que no conste el dueño legítimo de tales efectos.

En orden á los derechos del propietario y del hallazguista, prescribe el art. 351 del Código, que tuvo en cuenta lo dispuesto en la ley de 9 de Mayo de 1835, que ese depósito pertenece al dueño del terreno en que se hallare; que si fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena ó del Estado y, por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor.

Partamos del supuesto de que el tesoro lo mismo puede encontrarse en las cosas muebles que en las inmuebles, siendo también aplicables en este último caso las prescripciones de dicho artículo, porque donde la ley no distingue no es lícito distinguir, y que bajo la expresión «propiedad», lo mismo se comprenden los bienes muebles que los inmuebles, esto es, cuanto constituye el patrimonio de una persona física ó jurídica.

Si el tesoro oculto fuere descubierto por el dueño del terreno en que se hallare (al decir terreno parece que ha de ser encontrado en cosa inmueble; pero no hay razón alguna que se oponga á que al prescripción ree también tratándose de hallazgo en cosa mue-

ble) ese dueño lo hace suyo, constituyendo esto una extensión de su derecho real.

Tras esta extensión viene una limitación, á saber: que cuando fuere hecho el descubrimiento en propiedad ajena ó del Estado, no de propósito, sino por casualidad, la mitad del tesoro se aplicará al poseedor; de donde resulta que á ese dueño, ya sea un particular, ya sea el Estado, se le cercena una mitad para ser entregada al descubridor, ya que la suerte le ha favorecido con el hallazgo.

De manera que, para aplicar el apartado segundo del artículo 351, hay que suponer que el descubridor ó hallazguista es persona ajena al dueño de la finca, sea el Estado, sea particular. ¿Quién es, pues, ese extraño que adquiere la mitad del tesoro? En absoluto el que realmente no sea el dueño del terreno, aunque lo lleve en arrendamiento, lo tenga en enfiteusis ó sea usufructuario, usuario ó habitador. Manresa no considera extraño al enfiteuta; equipáralo al propietario, ante lo dispuesto en el artículo 1.632 del Código; pero nosotros no vemos en este punto tal equiparación, porque el dueño directo no se desprende de su propiedad al establecer la enfiteusis; el enfiteuta tiene derecho á lo útil de la finca, á sus aprovechamientos; pero el tesoro no se halla en estas condiciones, constituye parte de la cosa en donde existe y, de consiguiente, ni el enfiteuta puede hacerlo suyo, ni, siendo él el hallazguista, se le puede negar su derecho á la mitad de tal depósito.

No puede considerarse extraño el obrero que trabaja con el propósito deliberado del dueño de la finca de buscar el tesoro, pero si tiene tal carácter, no concurriendo esta condición.

Y, á propósito de esto, es de citar el Usatge RUSTICUS VERO, incluído en las Costumbres de Cataluña, volumen I, libro IV, título XXXII, según el que si el labrador encuentra oro y plata, que el vulgo llama *bonas* ó *bonetes*, caballo, mulo sarraceno ó astor, seguida debe denunciarlo, mostrarlo ó entregarlo á su señor del cual recibirá la merced que al mismo plazca darle.

Palpita en el fondo de esta disposición antiquísima el espíritu feudal, llevado, con los Usatges, á la Legislación catalana, muy distinto de la establecida por el Derecho romano en el cual vemos el § 39, título I, del libro II de la Instituta, la ley del Emperador Adriano que, informada en la equidad, prescribió que se dividiesen por mitad entre el hallazguista y el propietario del fundo ajeno los tesoros que, por casualidad y sin buscarlos, se encontraren en éste, añadiendo que si fuere encontrado en fundo imperial, una mitad

correspondería al inventor y la otra al Emperador, rezando esto también con el que se encontrase en fundo perteneciente al Fisco, al pueblo ó á la villa.

Ese marcado carácter de territorialidad dado al dominio ó señorío por el Derecho feudal, que confundió la jurisdicción con la tierra, haciendo que el labrador fuese vasallo, sin derecho á participar de la suerte en el hallazgo de tesoros, sin otra retribución que la merced, caso de que el señor se la quisiera dar, explica la expresada prescripción del Usatge, incompatible con la constitución actual de la sociedad civil, que contrasta con la del Derecho romano, tomada en el de Castilla y que ha servido de precedente al artículo del Código civil, objeto de nuestro estudio.

En Aragón y Baleares, por costumbre inmemorial, el tesoro pertenecía al Fisco. Dice don Andrés Blas que el hallado en terreno propio corresponde al hallazguista; que si es hallado en casa ó heredad ajena, la mitad pertenece al hallazguista y la otra mitad al propietario si fué hallado por casualidad, y que si lo buscó el hallazguista será todo el tesoro para el propietario del terreno.

Como quiera que el Código civil obliga, desde luego, en Aragón y Baleares, á sus disposiciones, por falta de régimen directo escrito y consuetudinario en estos territorios, hay que atenerse precisamente, y respecto de Navarra, como quiera que tiene por Derecho supletorio el romano, cuyas disposiciones tomó la ley 45, título XXVIII, Partida III y se han llevado al Código civil, no hay diferencia alguna entre aquella legislación y la general, respecto de este punto.

No abrigamos duda alguna acerca de que, cuando el tesoro se encuentra en la pared de un edificio corresponde á su dueño; pero cuando se separan la propiedad del vuelo y la del suelo por efecto de la demolición, el dueño del terreno conserva sus derechos sobre el tesoro oculto en él y el del edificio ó fábrica tiene idénticos derechos respecto del que se descubre por él ó por el extraño, conforme á las reglas del artículo 351.

El último párrafo de éste encierra una prescripción importante, tendenzada á procurar por la cultura y prestigio nacional; consiste en que si los efectos fueren interesantes para las ciencias ó para las artes, si tuviesen valor numismático, arqueológico, etc., podrá el Estado adquirirlos, por ser, como dice Azcárate, el órgano nacional de cultura, por su justo precio, que se distribuirá de conformidad con lo declarado en el mismo artículo, viniendo á ser ésta una de las

formas que reviste la expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

Protecciones y defensas de la propiedad

Es inherente al derecho de propiedad el de exclusión, á menos que revista forma dividida, fundada en título ó exista la proindivisión ó comunidad en las cosas.

Si no fuera protegida por el Poder público, por medio de las leyes y por órgano de las autoridades, dejaría de llenar su fin. En tal respecto, el artículo 349 del Código civil (con precedentes en las leyes 2.^a, título I, Partida II, y 31, título XVIII, Partida III, ley de 17 de Julio de 1836, la de 10 de Enero de 1879 y su Reglamento de 13 de Junio del mismo año, el de 10 de Marzo de 1881 y artículo 10 de la Constitución del Estado), proclama el principio de que nadie puede ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa la correspondiente indemnización.

De suerte que, *AB IRATO*, nadie debe ser despojado de la propiedad de sus cosas; en tanto puede ser privado de ellas en cuanto un interés social lo demande, esto es, que la utilidad pública lo exija, empleándose en estas medidas el procedimiento reglado que lleva consigo la expropiación forzosa, y aún en este caso, la indemnización que se debe al propietario, cuando la autoridad competente le prive del derecho á aquéllos, es la fórmula de conciliar el interés individual con el social, dentro de la convivencia.

No mediando expropiación forzosa y, aún habiéndola, con decreto de la autoridad competente, si al propietario no se le indemniza, el Juez debe ampararle, reintegrándole en la posesión, como preceptúa el párrafo 2.^o del artículo 349, informado en el principio jurídico *SPOLIATUS ANTE OMNIA RESTITUENDUS*.

No es propio de este libro estudiar la materia de expropiación forzosa por causa de utilidad pública, por ser ésto parte de la legislación administrativa, como tampoco podemos hacerlo de la materia interdital, que solo al Derecho procesal corresponde.

Pero sí que importa dedicar algunas líneas al art. 388 del Código civil, preceptivo de que «todo propietario podrá cerrar ó cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos ó muertos, ó de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas».

En este precepto se emplean como sinónimas las palabras cerrar y cercar, aunque su verdadero sentido es que con la primera de éstas se significa poner algún impedimento que impida ó estorbe la entrada ó salida, y que el de la segunda consiste en rodear ó circunvalar algún sitio con vallado, tapia ó muro. Dentro de la acepción del vocablo «cerrar» se comprende, por ser genérico, el de acotar, que equivale á poner en las heredades hitos ó jalones.

Con el cierre ó cerca se pone en los límites exteriores de las heredades algo que materialmente impide su acceso á ellas y aún cuando dejen de ponerse, no pueden ser franqueadas sin incurrir en la sanción de los artículos 607 número 4.º y 608 número 3.º del Código penal y aún el hecho puede ser objeto de delito por los caracteres que revista.

El artículo que estudiamos tiene por precedente el Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813 (dado bajo un régimen de respeto á la propiedad, incompatible con el anterior) dispositivo de que todas las dehesas, heredades, y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes á particulares, se declaran cerradas y acotadas perfectamente y sus dueños ó poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres.

La primera parte del artículo 1.º del referido Decreto de Cortes, acerca de que dichas tierras se declaran cerradas, no se ha llevado al Código civil, ni había necesidad de que se llevase, ya por la naturaleza especial de esa disposición, ya porque el artículo 608 del Código penal castiga, como falta, al que, con cualquier motivo ó pretexto atraviere plantíos, sembrados, viñedos ú olivares, aunque la heredad no esté cerrada, ni el campo esté vedado, debiendo tenerse en cuenta, para integrar este concepto, las disposiciones de las leyes de caza y pesca.

Ese derecho defensivo del propietario que le atribuye el artículo 388, de cerrar ó cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos ó muertos, ó de cualquier otro modo (esto último no puede ser más general y absoluto) se halla condicionado, al decir que es sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre aquéllas; entre éstas vemos la de medianería; las de paso en sus diferentes clases; las de las vías pecuarias, reglamentadas por el Real Decreto de 13 de Agosto de 1892; los abrevaderos y descansaderos de que trata este último, que considera imprescriptibles tales servidumbres, y la conocida en Galicia con el nombre de medio yugo y vulgarmente con el de *anda ó pasa boy*.

Costumbre curiosa de Navarra

A título de curiosa reminiscencia de los tiempos bárbaros en que se generó el Fuero y cuya práctica se usa todavía en los pueblos de aquel antiguo reino, transcribimos la siguiente costumbre que cita el Sr. Barrio y Mier (X...) en su obra «Apuntes de Historia general del Derecho español», en las páginas 412 y 413 del tomo III. Dice así:

«La regla para la altura de los cerramientos, siempre que sobre ella hubiere dudas, es la siguiente: colocado en un lado de la tapia un borrico y en el opuesto una borrica, si aquél no puede saltar á la finca donde ésta se halle, la altura se reputa suficiente.»

Especialidad en Vizcaya

El Derecho foral vigente en las anteiglesias ó tierra llana fué respetado por la ley de 25 de Octubre de 1839 que privó á esta provincia de su facultad legislativa. El Código civil, en su artículo 12, respeta también el Derecho foral escrito y consuetudinario de este país, y como quiera que el Decreto de las Cortes de 1813, proclamador del respeto á la propiedad particular fué anterior en 25 años á la ley citada, surge la duda de si en el Infanzonado se halla subsistente la servidumbre de paso de que trata la ley 8.^a, título XXXIV del Fuero de Vizcaya dispositiva de que:

1.º «Cualquier persona puede ser libre para entrar y pasar por cualquier heredad que otro haya y tenga, y esto por su persona, aun que la tal heredad esté cerrada ó amojonada» y

2.º «Que si alguno entrare con carro ó con bestia herrada por heredad ajena, cerrada ó amojonada, contra la voluntad de su dueño, pague de pena, por cada vez, cien maravedís, la mitad para el dueño de la tal heredad y la otra mitad para los reparos de los caminos de aquella comarca, más el daño y el interés á la parte.»

Desde luego que esa ley se halla derogada en lo que á la materia penal se refiere; pero subsiste en lo concerniente á esa servidumbre de ITER ó paso de carácter legal, puesto que tiene por origen el Fuero, y tan cierto es esto que, según Barrio y Mier, en su obra «Historia del Derecho», existe allí la costumbre de colocar en las

heredades cerradas una especie de escalera para que puedan entrar en ella las personas.

El que transita esas fincas, subiendo por las escaleras, signo externo ú ostensible de esa servidumbre no comete falta castigada, ni en el Código penal, ni en las Ordenanzas rurales, porque no hace otra cosa que usar de su derecho, siempre y cuando no abuse del mismo, como abusaría quien, desviándose, penetrase en el resto del campo ó cazara, pues esto cae bajo la sanción penal de las leyes generales ó especiales; de modo que puede decirse que ese vecino no invade el campo, sino que ocupa transitoriamente y, por motivo del paso á que está facultado, la faja de terreno propia de la servidumbre, aunque carezca de huella.

Deslinde y amojonamiento

El deslinde que solo cabe en las fincas rústicas es un derecho protector de la propiedad, que la Legislación romana reguló, dando, para su ejercicio, la acción mixta DE FINIUM REGUNDORUM en uno de los llamados juicios divisorios. Supone que hay confusión de linderos en las fincas contiguas; de suerte que existe duda acerca de dónde termina una y empieza la otra y, para delimitarla, dando á cada una la extensión ó cabida que le corresponda, se ha introducido este medio que reviste en su ejercicio ante la justicia reparadora ya la forma de jurisdicción voluntaria, de cuyo acto trata el título V, libro III, de la ley de Enjuiciamiento civil, ya el de un verdadero juicio ordinario, según su cuantía.

Adviértase que los artículos 384 á 387, ambos inclusive, del Código solo hablan del deslinde y no del amojonamiento, aunque éste figura en el epígrafe del capítulo III, omisión explicable porque el deslinde es el derecho del propietario y el amojonamiento, consistente en colocar hitos ó mojones, es la ejecución de ese derecho, siendo de añadir, para integrar el concepto de ese capítulo III, que, según sentencia de 16 de Diciembre de 1904, todas las disposiciones de los artículos 384 á 387 constituyen un conjunto armónico cuyo cabal contenido hay que respetar al fijar los límites definitivos de fincas tangentes.

No solo el propietario sí que los poseedores de derechos reales en los predios tienen facultad, según dispone el artículo 384, de pedir

el deslinde, sin duda para que no corran peligro sus intereses, dentro de aquella confusión de que hemos hablado.

De consiguiente, ese derecho corresponde al que tiene el uso y disfrute de la finca, según preceptúa el artículo 2.061 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero lo ha de tener con carácter real; de modo que el arrendatario cuyo contrato no esté inscrito en el Registro de la propiedad conforme preceptúa el número 5.º artículo 2.º de la ley Hipotecaria, no puede pedir ese deslinde; su derecho de disfrute lo tiene en representación del dueño, en nombre del cual posee según los términos del contrato, y sin otro alcance que el propio de la relación personal entre ambos.

Por el artículo 2.061 de la ley de Enjuiciamiento civil y por el citado del Código, aunque ambos, expresamente, no lo dicen, por más que se desprende de sus textos, puede pedir el deslinde, como ya lo reconoció el Derecho romano (§ 9, ley 4, título 1, libro X del Digesto, de aplicación en Cataluña) el usufructuario y el enfiteuta, quienes podían ejercitar la acción útil de deslinde, distinta de la concedida al propietario, como también la podía deducir el acreedor pignoraticio, cosa que no cabe en el Derecho castellano, por lo mismo que el deslinde se refiere á campos y éstos no pueden ser objeto de prenda, recayente ésta en cosa mueble, bien que puede pedirlo el acreedor hipotecario, no por ese artículo de la ley procesal, circunscrito á los que tengan un derecho real de uso y disfrute, sino por el 384, que no distingue derechos reales, siempre y cuando éstos finquen en la propiedad que deba delimitarse.

Asimismo, derecho real de uso y de disfrute se tiene en la *rabassa morta* que existe en Cataluña, del cual trata el artículo 1.656 del Código civil, que atribuye al *rabasser* la facultad de reivindicar la tierra de cualquier poseedor ó persona que le despoje de su disfrute; pero, para que pueda pedir el deslinde, el contrato de *rabassa* ya se le considere análogo á la enfiteusis, en cuyo estudio se ocupa de él el Código, ya se la tenga á modo de sociedad en colonato parciario ó en arrendamiento, ha de estar inscrito en el Registro de la propiedad porque, de lo contrario, no constituye un verdadero *JUS IN RE*, circunstancia exigida por el artículo que examinamos.

Lo propio decimos de los foros y subforos de Galicia; su inscripción en dicho Registro da al forero ó sub-forero un derecho real y, de consiguiente, puede pedir el deslinde de la finca que lleve, con los colindantes, cosa distinta del apeo y prorrato de la finca afecta á ese aprovechamiento para el pago de la pensión foral, pues en

esto se estará á lo dispuesto en el título XVI, libro III de la ley de Enjuiciamiento civil.

Paeden verse las sentencias de 9 de Mayo de 1902 y 23 de Noviembre de 1903.

El deslinde se ha de practicar con citación de los dueños de los predios colindantes. Acerca de este punto debe tenerse en cuenta lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo artículo 2.064 se dice que por la falta de asistencia de aquéllos no se suspenderá la práctica de aquél, ni del amojonamiento, á los cuales quedará á salvo su derecho para demandar, en el juicio declarativo que corresponda, la posesión ó propiedad de que se crean despojados.

Solo á los que presten su conformidad al deslinde les cabe perjuicio, pero no á los que no se hallen en este caso, porque, citados ó no citados, pueden deducir sus acciones; siendo de advertir que el deslinde no extiende sus efectos jurídicos á resolver cuestiones de propiedad, que solamente cabe ventilarlas por la acción reivindicatoria, y no suspende la posesión á los efectos de la prescripción legal; todo lo cual se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de Abril y 3 de Julio de 1884, que reprodujeron la doctrina contenida en las de 10 de Abril de 1859, 23 de Febrero de 1857 y 13 de Diciembre de 1870.

En orden á los efectos de la citación en los deslindes administrativos, exígese que se practique para que los vecinos puedan concurrir, no bastando los edictos publicados en el *Boletín Oficial* de la provincia, según se declaró en sentencias de 30 de Noviembre de 1889 y 23 de Enero de 1890, siendo de indicar la decisión, en sentencia del Consejo de Estado de 23 de Mayo de 1876, que resuelve el caso de validez de un deslinde cuyo anuncio no se había publicado en el *Boletín Oficial*, de cuya operación tuvieron conocimiento los interesados.

Para terminar este punto, importa comentar ligeramente los artículos 385, 386 y 387 del Código.

El deslinde se hará de conformidad con los títulos de cada propietario; pero éstos pueden ser nulos ó apócrifos, y para decidir este punto, fuera de las diligencias de jurisdicción voluntaria, quien los impugne debe deducir las acciones que le competan, pues en el entretanto, tienen aquéllos presunción de validez; pero si la oposición se hace antes de empezar la operación por el dueño de algún terreno colindante, se sobreseerá, en cuanto á él, el deslinde de la parte de la finca confinante con la del opositor en ese acto de juris-

dicción voluntaria (artículo 2.070), y lo mismo procede si la oposición se hace ya empezada la diligencia, caso de que no pudiera conseguirse, en el mismo acto, la avenencia de los interesados, debiendo continuar la operación, en estos casos, si la pidiere el que hubiese promovido el expediente y no se opusieren los otros colindantes.

A falta de título escrito de dominio, se estará á lo que resulte de la posesión continuada en que se hallaren los colindantes, precisamente porque la posesión es una propiedad presunta, y tiene tal valor que por ella se suple aquél cuando no determine el límite ó área perteneciente á cada propietario.

Faltando la posesión, esa suplencia se ha de hacer por otro medio de prueba y, cuando no fuera posible ésto, dispone el artículo 386 que el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales.

Puede ocurrir, que los títulos de los colindantes indiquen una porción mayor ó menor que la comprendida en la totalidad de su terreno; en la imposibilidad de dar á cada uno el área que el escrito exprese, dispone el artículo 387, que el aumento ó la falta se distribuirá proporcionalmente entre ellos; esto se funda en un principio de equidad.

De las distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones

La prueba de que el derecho de propiedad no es absoluto, está en que tiene varias limitaciones ó restricciones impuestas al dueño de las fincas. Fúndanse éstas en que, dentro de la convivencia social no puede darse un derecho contra otro derecho, incumbiendo á la ley dictar fórmulas que concilien ambos.

A esas restricciones les da Planas y Canals el nombre de servidumbres de carácter legal, que pueden existir lo mismo tratándose de predios urbanos que de fincas rústicas y de las cuales tratan los artículos del 589 al 593 del Código civil.

En rigor, no hay tal servidumbre, sino una prohibición impuesta al propietario del predio que, en otro caso, podría hacer obras y plantaciones á su voluntad, sin dejar una distancia determinada por las leyes, las ordenanzas, las costumbres, etc.

No se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas

fuertes ó fortalezas sin sujetarse á las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia.

Esa distancia es la llamada zona polémica y de ella trata el artículo 10, título II de las Ordenanzas militares que, prohíbe construir y reformar edificios en un radio de 1.500 varas que rodea las fortificaciones permanentes, cuya extensión se mide desde el baluarte más saliente de la plaza. Para edificar se requiere autorización de la autoridad competente y rigen también en este punto el Reglamento de 10 de Mayo de 1881 para la aplicación al ramo de Guerra de la ley de Expropiación forzosa y las Reales órdenes de 16 de Septiembre de 1856, 7 de Agosto de 1871 y 2 de Octubre de 1873 sobre construcciones en las zonas militares, todo lo cual constituye, no materia del Derecho privado indebidamente llevada al Código, si que de Derecho público, porque tales prohibiciones se establecen para la seguridad nacional y dicen á la existencia y defensa del Estado.

Prescribe el artículo 590 que nadie podrá construir cerca de una pared ajena ó medianera, pozos, cloacas, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materiales corrosivos, artefactos que se muevan por el vapor ó fábricas que, por sí mismas ó por sus productos, sean peligrosas ó nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos ó usos del lugar y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, á las condiciones que los mismos reglamentos prescriben; á falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

En rigor de verdad este artículo no encaja dentro del Código; constituye materia esencialmente administrativa, como declaró el Tribunal Supremo en 27 de Marzo de 1897, al decir que los Tribunales de Justicia no podían anular las concesiones de la Administración que habían causado estado, correspondiéndoles tan solo conocer de los perjuicios que éstas ocasionen á los particulares en sus derechos civiles.

Las medidas que deben tomarse en cumplimiento de lo dispuesto en dicho artículo del Código son verdaderamente de policía urbana; en primer término, se ha de estar á lo que prescriban los reglamentos y usos del lugar, (la copulativa *y* significa, á nuestro ver, que ambas cosas se integran) á falta de las cuales deben tomarse las precauciones que se juzguen necesarias, no por capricho, sino previo dictamen pericial que aceptará ó no la autoridad administrativa,

puesto que no pasa de ser este requisito un elemento técnico de apreciación; pero lo importante es que, ora mediando reglamentos y usos del lugar, ora faltando éstos, se han de ejecutar las obras de resguardo necesarias, á fin de evitar todo daño á las heredades ó edificios vecinos.

Y contrayéndonos al estudio del Derecho foral, empecemos por tratar el de

ARAGÓN

En esta materia, como en la de servidumbres, preside en aquella legislación el principio jurídico informado en el Derecho natural, QUOD TIBI NON NOCET ET ALTERI PRODEST AD ID EST OBLIGATUS.

Y puesto que los Fueros nada prescriben en la materia que nos ocupa, al Derecho consuetudinario de aquel país habrá que atenerse, puesto que integra el régimen jurídico respetado, á falta del cual se acude al Código civil, en el bien entendido que, á nuestro ver, como quiera que aquélla es objeto de la esfera administrativa, á los reglamentos ú ordenanzas hay que atenerse en primer término, por referirse á lo que es propio de la policía urbana.

CATALUÑA

No ocurre lo propio en esta región, puesto que forman parte de su régimen excepcional las ORDINACIONES DE SANCTACILIA, en las cuales aparecen las siguientes prescripciones:

Ordinación 54.—Cualquiera puede hacer un pozo cerca de la pared de su vecino, alejándose de los cimientos dos palmos de *destre* (47 centímetros).

Ordinacions 19 y 45.—Si alguien construye una letrina cerca de la pared de su vecino, ha de hacer una contrapared de piedra y mortero de un palmo y medio ó 35 centímetros de ancha y más alta que el agua y el fiemo, de un palmo ó 23 centímetros (Recognoverunt Proceres 65).

Ordinación 8.—Si alguien pasare agua de algún fregadero cerca de la pared de su vecino, sea medianera ó propia de éste, deberá hacer una hilada de piedra y mortero, entre el fregadero y la pared y sus cimientos.

Ordinación 55.—Cualquiera puede hacer horno de cocer ollas, y de tinajas, cerca de la pared de su vecino, alejándose de la misma tres palmos de *destre* (70 centímetros) y construyendo en aquellos tres palmos otra pared.

Ordinación 21.—Los telares de un tejedor no pueden arrimarse á pared medianera, antes bien, han de alejarse un palmo (23 centímetros).

Ordinación 35.—Si alguno hiciera huerto cerca de pared de su vecino, en albergue ó en casas, habrá de hacer pared de un palmo (23 centímetros) con buen mortero ó argamasa entre la pared y el huerto, y que sea más alta que éste un palmo (23 centímetros).

Además, según el Código de las Costumbres de Tortosa, libro III, rúbrica 10, §§ 1, 2 y 3, existe allí la especialidad de que cualquiera puede construir cloacas, sumideros ó albañales en sus casas, con tal que no cause daño á los vecinos, y enlazar aquellos conductos con los de la calle, pagando antes la parte que le corresponda en los gastos.

El punto á resolver es si las Ordinaciones de Sanctacilia y la costumbre citada de Tortosa pueden prevalecer sobre los reglamentos y ordenanzas de policía. Nos inclinamos por la negativa, fundándonos en que la ley Municipal, obligatoria en toda España, atribuye, en su artículo 74, que desenvuelve los artículos 72 y 73, una facultad reglada á los Ayuntamientos para que formen las ordenanzas municipales de policía urbana y rural, que han de ser sometidas al Gobernador civil de la provincia para su aprobación, caso de que no se falte á las leyes generales del reino ni se lesionen derechos civiles.

La clase y exigencias de la urbanización hace que, al presente, no puedan tenerse en cuenta muchas de las disposiciones de aquellas Ordinaciones, dadas por D. Jaime I, y que constituyeron una fuente de enseñanza y de progreso en aquellos tiempos.

Distancia que debe mediar en la plantación de árboles

Prescribe el artículo 591 del Código que «no se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino á la distancia autorizada por las ordenanzas ó la costumbre del lugar y en su defecto, á la de dos metros de la línea divisoria de las heredades, si la plantación se hace de árboles altos, y á la de 50 centímetros, si la plantación es de arbustos ó árboles bajos.

Todo propietario tiene derecho á pedir que se arranquen los árboles que, en adelante, se planten á menor distancia de su heredad.

El Código respetó las plantaciones anteriores, puesto que la prohibición de verificarlas, sin dejar la distancia prevenida con las heredades, lo mismo rústicas que urbanas (no hace distinción en este punto y donde la ley no distingue no es lícito distinguir) se refiere á las que se ejecutaran después de ponerse en vigor, porque de lo contrario podía lastimar derechos adquiridos á la sombra de un regimen jurídico anterior. En este punto la reforma realizada en el Código, apenas publicado, modificó lo que el mismo prescribía y que daba á su ordenamiento efecto retroactivo.

Los vegetales se dividen en árboles, arbustos y plantas; estas últimas como apenas si tienen raíces y, aún teniéndolas, por grandes que sean, el dueño del predio colindante puede arrancarlas, sin que esto cause perjuicio, de aquí que el Legislador no las mente en su ordenamiento. Pero no así ocurre con los árboles y arbustos; sus raíces, al penetrar en la propiedad del vecino y su ramaje impidiendo la ventilación y el paso de los rayos solares, perjudican al predio contiguo, y para evitarlo, debe mediar cierta distancia en las plantaciones, acudiendo, en primer término, lo mismo respecto á su fijación que á la condición de los árboles en si son altos ó bajos ó si arbustos, sinónimos de estos últimos según el Código, á lo que prescriban las ordenanzas y usos locales, porque en el señalamiento de esa distancia se tienen muy en cuenta la condición de las tierras, extensión de los campos y clase de arbolado; solo, á falta de esa ley local, se ha de guardar la distancia prevenida por el Código.

En Botánica se distinguen los árboles de los arbustos por la altura y configuración del tronco; pero ésto ni lo aprecia el Legislador, ni es el sentir del vulgo, que se fija, en orden á la distancia en las plantaciones, en el perjuicio que el arbolado, en el amplio sentido de la palabra, puede causar con sus raíces y copa al predio del vecino. Así es que, el naranjo en Castellón, aún cuando botánicamente es un árbol bajo ó arbusto porque la bifurcación de sus ramas principales aparece casi á ras de tierra, en Carcagente es un verdadero árbol por la altura de su tronco, sin embargo de lo cual el uso hace que, en ambas poblaciones, sea indistintamente árbol ese vegetal para el caso de la distancia, tanto que debe plantarse, á falta de ordenanzas y costumbres del lugar, á dos metros del predio colindante.

Corta de ramas y de raíces

Prescribe el artículo 592 que si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines ó patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho á reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fuesen las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.

Estas prescripciones concuerdan con las contenidas en las leyes 1.ª, párrafos 2.º y 7.º, título XVII, libro XLIII; 6.ª, párrafo 2.º, título VII, libro XLVII del Digesto (obligatorias en Cataluña) y ley 28, título XV, Partida VII, bien que esta última, además, disponía que, probado el perjuicio que se causare con las ramas colgadas sobre heredad ó edificio ajeno, el perjudicado, ejecutando la sentencia dictada por el Juez, podía cortar aquéllas, si su dueño no las cortara.

Esto último es lo que no autoriza el Código: el demandante no puede ejecutar por sí la sentencia, por corresponder esto al Juez que la haya dictado, porque puede resultar la existencia de una servidumbre con la extensión de las ramas del árbol en la heredad, jardines ó patios vecinos, aún cuando medie la distancia prevenida, pues los artículos 591 y 592, lejos de excluirse, cabe que se complementen.

Lo arriba dicho no reza con el arranque de las raíces de los árboles vecinos que se extiendan en suelo de otro; el dueño de éste, tomándose la justicia por su mano, caso excepcional en el Derecho, puede cortarlas por sí mismo, dentro de su heredad; lo contrario equivaldría á hacer imposible, muchas veces, el derecho de goce, dándose con ello un sinnúmero de cuestiones.

Para terminar esta sección, importa decir que los árboles existentes en un seto vivo medianero se presumen también medianeros y cualquiera de los dueños tiene derecho á exigir su derribo.

Constituye esto último una desviación de las reglas de la medianería; la pared de esta clase no puede derribarse por la sola voluntad de un interesado. Fúndase aquélla en que las raíces de los árboles constitutivos del seto, así como su ramaje, pueden perjudicar al dueño del predio vecino, en cuyo caso, éste, sin tomarse la justicia por su mano, puede exigir su derribo.

Exceptuánse (añade el artículo 593) los árboles que sirvan de mojones, los cuales no podrán arrancarse sino de común acuerdo entre los colindantes. Débese esto á que, como los mojones son los testigos mudos de una delimitación entre los campos, su arranque equivaldría á sembrar la confusión entre los derechos de los colindantes, dando lugar á deslindes en acto de jurisdicción voluntaria ó en procedimiento contencioso; en evitación de lo cual requiérese el común acuerdo entre los vecinos.

Repárese que ni en el artículo 591, ni en el 592 se dice que el interesado deba acudir á la autoridad judicial; solamente fija su derecho á poder reclamar, sin expresar á quién, omisión muy justificada, porque no es propio del Derecho sustantivo determinar qué autoridad es la competente para conocer en estos asuntos.

Régimen foral en esta materia

ARAGÓN

Ya hemos dicho que en Aragón rige en esta materia el principio de «lo que á tí no te daña y á mí me favorece estás obligado á hacerlo».

CATALUÑA

Los árboles que suben á la altura de más de tres *destres* (más de cuarenta y tres palmos y medio) no pueden estar plantados en campo, viña ó huerto sino á la distancia de doce palmos de *destre* (poco más de catorce palmos y medio) de la propiedad vecina, y á la de dos *destres* (más de veintinueve palmos catalanes) de uno al otro. (Ordinac. 27 y 28).

Todo árbol que engrosare de tal modo que no distase del campo, viña ó huerto del vecino seis palmos de *destre* (*) (siete palmos un cuarto) deberá ser arrancado, si éste lo exige. (Ordinac. 28 capítulo I).

Los árboles silvestres, á excepción del olivo, deben plantarse á treinta piés de la posesión del vecino, y éste pedir que los arranquen si se hallan á menor distancia, y si todavía á treinta piés

(*) La *cana de destre* equivale, aproximadamente, á catorce palmos seis dozavos y dos tercios de la catalana.

Véase la equivalencia en centímetros que hemos dado al hablar de las Ordinacions de Sanctacilla en las páginas anteriores.

causaren perjuicios á la propiedad contigua, solo tendrá derecho el dueño de ésta á que se le indemnice, previo dictamen de peritos. (Idem 1.º capítulo II).

Los olivos y los árboles frutales (menos la higuera) se plantan á nueve pies de la propiedad colindante; pero si se plantasen junto al agua la distancia exigida es solo de un pié. (Idem 3.ª, capítulo III).

En todo olivo de 30 años, echado á plomo sobre la heredad vecina, deben cortarse verticalmente todas sus ramas y raíces que toquen y puedan tocar á ésta á seis palmos de *destre* (siete palmos un cuarto) desde el término divisorio, siempre que el perjudicado lo pida. (Idem 32, capítulo I).

Deben arrancarse ó cortarse los árboles ó ramas que faciliten el acceso ó escaló á paredes, tapias ó casas del vecino; advirtiéndole que no cabe alegar la prescripción cuando se hagan edificaciones nuevas. (Ordinacions 33, 34 y 53, capítulo I).

El árbol ó vid cuyas ramas cuelguen sobre un edificio vecino deben ser arrancados si causan perjuicios. Si su dueño no lo hace así, luego de mandárselo el Juez, puede hacerlo el perjudicado y llevarse la leña. (Ley 1.ª, Digesto DE ARBOLIB. CÆDENDIS; libro 15, Partida 7). Esta facultad compete también al usufructuario y á los demás interesados en evitar el perjuicio.

Quien convierta en prado su heredad, aunque con el continuo riego perjudique á los predios vecinos, no puede ser demandado por los dueños de éstos, ya oponiéndose á la transformación, ya pidiendo indemnizaciones, á no ser que, por la complanación que se hubiese dado á las tierras, resulte tan rápido el curso de las aguas que lleguen á las fincas colindantes (ley 3, Digesto DE AQUA ET AQUA PLUV. ARC.)

Cerca de una era vecina no se pueden construir edificios, ni paredes que la priven del viento necesario para la trilla y ventilación de los granos (ley última Código DE SERVIT. ET AQUA).

El dueño de una heredad debe permitir al de la contigua que recoja los frutos que de sus árboles hubiesen caído en la primera durante los tres días inmediatos á la caída; debiendo indemnizarse al segundo del valor de los que hubiesen pasado, en dicho plazo, los ganados del primero (ley 14 Digesto DE PRÆSCRIPTIS VERBIS, y ley única Digesto DE GLAN. LEGENDA).

Quien, para formar cercado junto á su vecino, plante lino, deberá hacerlo plantándolos espesos y á tres palmos de *destre* (cuatro y medio catalanes) de la propiedad vecina (Ordinac. 29) y el dueño

de ésta deberá hacer lo propio si el primero le requiere para ello. (Ordinac. 30).

Si alguno lo fuere para cerrarse con su vecino, debe poner, por su parte, la mitad del suelo, no debiendo contribuir con otra cosa hasta que quede igualmente cerrado. El requirente debe pagar, en este caso, la mitad de la cerca, no excediendo ésta de tres tapias (catorce palmos catalanes aproximadamente) en casas ó albergues y de dos tapias (nueve palmos y un tercio) en huerto. (Ordinacions 43, 44, 22 y 23 y Recognoverunt Proceres, capítulo LXII).

NAVARRA

Cuando los árboles de un terreno contiguo á otro ocuparen con sus ramas parte del vecino, tomará el dueño de éste una segrar con mango de un codo y, poniéndose de rodillas con uno de los piés en su propio terreno y el otro donde quiera, cortará del árbol cuanto pueda alcanzar, repitiendo la operación todos los años.

Si el árbol tuviera fruto, podrá también sacudirlo con una vara y coger todo el que cayere en su heredad (ley 6, título X, capítulos X y XI del Fuero).

VIZCAYA

Ningún roble ni castaño puede plantarse, ni estar cerca de la heredad de otro que se labre, á menos de 12 brazas de distancia de aquélla; los nogales á seis, y los manzanos, perales, nispereros, higueras, duraznos y otros frutales menudos á braza y media. Los referidos árboles deben cortarse si no guardan dichas distancias y lo pide el perjudicado, salvo que estuviesen tanto tiempo plantados que los antecesores del reclamante no lo hubieren pedido nunca y los que los plantaron hubieren ya fallecido; en estos casos, el dueño de los árboles tendrá la obligación de hacerlos limpiar al compás y medida con cordel, de los postes donde esté la heredad perjudicada. Si cayere un árbol sobre heredad de pan llevar, viña, manzanal, casa ó huerta, con grave perjuicio de su dueño y escaso provecho del propietario del árbol, el Juez ordenará su corte ó limpia si tal fuere la opinión de tres hombres buenos. En las inmediaciones de los edificios no se pueden plantar árboles á menor distancia de 30 piés. (Ley 5, título XXV del Fuero).

CAPÍTULO III

De la accesión

Idea general

El punto á dilucidar, en primer término, es si la accesión constituye un modo de adquirir.

Escritores jurídicos de gran autoridad sostienen la afirmativa, para quienes, tratándose de incorporación de cosas NULLIUS á nuestra propiedad, la accesión es un medio originario, y si aquéllas pertenecen á otro, ya constituyan cosas muebles, ya inmuebles, que se segregan de un fundo sin la voluntad del propietario y sí por obra de la Naturaleza, la accesión constituye un modo de adquirir derivativo.

Según Azcárate, la accesión llamada discreta ó sea la constituida por el derecho del propietario á hacer suyo lo que el predio produce en forma de frutos, tanto naturales como industriales, no merece tal nombre, puesto que constituye la realización del fin natural de la propiedad. Añade Demolombe que mientras los frutos no se recojen, constituyen parte de la finca, y después, al separarse, en vez de haber accesión, hay *discesión*. Laurent también así lo entiende y al efecto dice: «Los frutos, antes de ser separados eran míos, y continúan siéndolo después, como consecuencia del Derecho de propiedad, sentir éste contrario á lo prescrito en el artículo 546 del Código de Napoleón y en el 343 del Código italiano.

Muy contado es el tratadista que considera la accesión discreta como uno de los modos de adquirir, señalado por el Derecho romano. No así ocurre con la llamada continua, constituida por el dere-

cho del propietario de la cosa á hacer suyo todo lo que á la misma se incorpore natural ó artificialmente. Azcárate y Manresa la consideran como tal modo adquisitivo, por cuanto entraña un fundamento jurídico: presupone una relación de derecho que antes no existía, respecto de la cosa unida ó incorporada, de cuya relación son producto derechos.

Rizzi sostiene que la accesión continua no es modo de adquirir la propiedad. Sánchez Román, después de decir que los juriconsultos romanos y el uso de las escuelas hicieron que se estudiara esta materia en el tratado de los modos de adquirir el dominio, calificando aquélla de modo natural originario SECUNDUM QUID, afirma que este concepto no pasa de ser más artificial que natural en la ciencia, más arbitraria é ingeniosa creación de la escolástica, que justificada verdad. Navarro Amandi resuélvese francamente en contra de que la accesión, ya discreta, ya continua, constituya modo de adquirir, y sostiene que es una extensión del derecho adquirido, una consecuencia inmediata del dominio.

Suscribimos esta opinión porque la accesión continua no supone, en rigor, una relación de derecho; quien produce ésta es un acto jurídico, la voluntad desenvolviéndose dentro de la ley; pero nunca lo determina un fenómeno ajurídico, carente, en la esencia y en la forma, de esa voluntad, bajo cuyo imperio y fueros se produce aquella relación.

El dueño de la cosa segregada ó incorporada á otra no tiene, ni de lejos, el propósito de desprenderse de su dominio. ¿Puede decirse, en rigor de discurso, que existe transmisión, ó, en términos más absolutos, acto jurídico? En modo alguno, y donde no hay causa eficiente, que es la voluntad expresa, inferida por hechos ó presunta, no puede decirse, en puridad, que exista relación jurídica de las que abraza el orden patrimonial, lo mismo en su aspecto de bienes que en el de obligaciones.

Así lo ha entendido el Legislador al no tratar de la accesión en el libro III del Código civil, regulador de los modos de adquirir (bien que éstos también figuran regimentados en el libro IV, donde se desenvuelve lo relativo á la sucesión testada ó intestada); antes al contrario, ha consagrado á la accesión el capítulo II, título II, libro II; éste bajo el epígrafe: «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones», prescribiendo, en su artículo 533, que la propiedad de los bienes *da derecho*, por accesión, á todo lo que ellos producen ó se les une ó incorpora natural ó artificialmente, lo mismo

que hicieron las leyes del título XXVIII, Partida III. Si, pues, la propiedad *da derecho* ¿qué es la accesión sino una extensión de la misma? El Código, á nuestro ver, resulta científico en este punto.

De la accesión discreta

Queda constituida por los frutos, clasificados en naturales, industriales y civiles, todos los cuales pertenecen al propietario. Son naturales, las producciones espontáneas de la tierra y las crías y demás productos de los animales; son industriales, los que producen los predios de cualquiera especie á beneficio del cultivo ó del trabajo, y se denominan civiles, el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpétuas, vitalicias ú otras análogas, bien entendido que no se reputan frutos naturales ó industriales sino los que están manifiestos ó nacidos, con excepción de los animales, pues basta que estén en el vientre de su madre para que se les tenga por frutos.

Escritores jurídicos incluyen en la accesión discreta las substancias de la primera sección del subsuelo, las cuales, por la ley de Minas, corresponden al dueño de la superficie, quien las puede explotar sin estar sometido á formalidades y cargas; pero con la debida intervención administrativa, en lo que se refiera á la seguridad de las labores.

Esas substancias, comprendidas en el artículo 2.º del Decreto-ley de 29 de Diciembre de 1868, tales como las producciones minerales de naturaleza terrosa, las piedras silíceas, las pizarras, areniscos ó asperones, granitos, basaltos, tierras y piedras calizas, el yeso, las arenas, las margas y tierras arcillosas, etc., no son frutos, sino extensión de la superficie hacia las entrañas de la tierra constituyendo, si cabe el símil, la cimentación natural del fundo. Por esto, el Legislador, adoptando un criterio ecléctico entre el sistema del dominio eminente del Estado en la totalidad del subsuelo y el romano que atribuyó la propiedad del mismo al dueño de la finca, en quien, como se decía antaño, su derecho se extendía desde el cielo hasta el infierno, y aún cuando prescindió de las doctrinas de Turgot, en algún respecto, que concedía la propiedad minera á su descubridor, decidióse por la de Mirabeau. Esta es la que informa dicha legislación especial, pues, dirigida á conciliar el interés colectivo con el personal, reconoce en ese dueño del predio su facultad de

aprovecharse, con aquella intervención administrativa, de las substancias antes señaladas y otras análogas, no porque tengan el carácter de frutos extraordinarios, sí que por constituir una natural penetración del derecho de propiedad sobre el fundo.

Aparte esta digresión, es de significar que, en la práctica, pueden presentarse dudas acerca de la distinción entre los frutos naturales y los industriales; en los primeros, débese su producción á las fuerzas de la Naturaleza y, con éstas, al poder latente del terreno, y en los segundos, á las energías del trabajo combinadas con aquéllas. Sin que censuremos la redacción del artículo 355 del Código, provocador de esas dudas, pues el Legislador no podía descender á casuismos, suscribimos el sentir de Manresa acerca de que no hacía falta clasificar los frutos en naturales é industriales; bastaba comprender á todos, sin distinción de clases, dentro de un léxico común de frutos (*EX IPSO CORPORA REI*).

Los árboles no tienen la consideración de frutos (Sentencia 28 Junio 1866); éstos son producción de aquéllos, pero pueden serlo, tratándose de la explotación de una industria como la de tala, en cuyo caso constituyen frutos industriales, pues en su obtención interviene la actividad humana aplicada para el cumplimiento del fin económico.

A la sola fecundidad de la tierra y á la acción de los agentes naturales débense los frutos de este nombre, sin contar con los de procedencia animal, como las crías. Por la misma acción de la Naturaleza y de sus agentes, asociada al esfuerzo humano, se producen los frutos industriales (*EX IPSO CORPORE REI*), y mediante una relación jurídica entre el propietario de la cosa y un tercero, se devengan los frutos civiles (*QUI NON NATURA SED JURE PRINCIPIANTUR*).

Ya que el propietario hace suyos los frutos, es de justicia que venga obligado á abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación, sin que el Código distinga en si hubo ó no buena fé por parte del último; que al fin y á la postre, los gastos realizados por éste refluyen en beneficio del propietario, bien que esta conclusión no puede tomarse siempre en absoluto; precisa relacionar este sentir con lo dispuesto en los artículos 452 al 456, y por encerrar un principio general, se halla subordinado á las reglas específicas de los artículos 361 y 362, según se declaró en Sentencia de 30 de Noviembre de 1900.

Si los gastos, á cuyo reembolso tiene derecho el tercer poseedor, son de tal importe que superan al valor de los frutos recogidos por

efecto de sequía, tormenta, langosta ú otra calamidad, creemos que el propietario no viene obligado á satisfacer lo que faltare, porque si el fundamento de ese artículo 356, inspirado en la equidad, es que nadie se enriquezca con perjuicio de otro, semejante aprovechamiento no existe por parte del propietario; otra cosa implicaría un castigo impuesto á éste, contra razón y justicia.

Suscribimos el sentir de Manresa de que, cuando el Código habla de frutos manifiestos ó nacidos, y por lo que se refiere á plantas como el trigo, que nacen para dar una cosecha, tras de la cual se arrancan, basta que haya aparecido el brote, sin que haya necesidad de verse el fruto; siendo ésto aplicable también á los tubérculos: no ocurre lo mismo con los frutos de los árboles. Esta distinción, altamente justa, ya fué establecida en la ley 10, título IV, libro III del Fuero Real.

ARAGÓN

Sus fueros regimentan la accesión al tratar de los medios de adquirir la propiedad. Allí se clasifican los frutos en naturales, industriales, mixtos y civiles, (Nougués-Tratado de consorcio conyugal), y en aparentes y no aparentes. Se considera fruto aparente la miés en yerba, la uva en agraz, la oliva fuera de flor; esto es aplicable á los demás frutos semejantes. (Molino REPERTORIUM. V. FRUCTOS-Portolés-SCHOLIA AD MOLINUM V. FRUCTOS) en los áridos se considera aparente el fruto en hierba y en los líquidos han de estar á la vista. (Decis. 18).

Prescribe el Fuero DE CONFINALIBUS AEBORIBUS, libro III, que corresponden al dueño de una finca sobre la cual se extiendan, proyectando sombra, las ramas de un árbol plantado en otra, la mitad de los frutos que las ramas produzcan, cuyo propietario puede cortarlas. Ordena el Fuero DE ARB. INCIT. que el árbol plantado en el confín de dos heredades contiguas corresponde á los dueños de ambas y la leña á quien se anticipe á derribarlo. Esto no se refiere á la accesión continúa.

CATALUÑA

Todo lo que la cosa produce se llama fruto y pertenece al dueño por derecho de accesión (Ley 2, Código, DE FRUCTIB. ET LITIS

EXPENSIS; ley 25 Digesto DE USUR. ET FRUCTIB.; leyes 9, 36, y 51 § 1.º Digesto, DE USUF. ET QUOD).

Los frutos son naturales, industriales ó civiles.

El propietario debe abonar los gastos hechos por un tercero para la producción, recolección ó conservación de los frutos (ley 7 Digesto, DE SALUT. MAT.; 51 Digesto, DE FAM. EREIS; 1.ª Código, DE FRUCT. ET LIT.; 36 § 5 y 38 Digesto, DE HEREDIT. PET.)

Son frutos naturales los que produce espontáneamente la tierra. Los fetos, las heces, la lana, el pelo y la leche de los animales, se reputan también frutos naturales (ley 45 Digesto, DE USURIS ET FRUCTIB. y 6 Digesto, DE ACQ. RER. DOM.)

Los frutos industriales son los que se obtienen por medio del cultivo ó de la industria (ley 45 Digesto, DE USURIS ET FRUCTIB.)

Son frutos civiles los alquileres de los predios urbanos ó rústicos, los intereses, las pensiones y los réditos anuales (ley 36 Digesto, DE USURIS y 29 Digesto, DE HERED. PETIT.)

Para regular el valor de los frutos deben deducirse siempre los gastos ocasionados con su producción, recolección ó conservación (ley 5.ª, título II, libro V del Digesto; ley 1.ª, título LI, libro VII, Código; ley 36, §§ 55, y 38 Digesto, DE HERED. PETIT., título III, libro V). Es precisamente lo que prescribe el artículo 356 del Código civil.

NAVARRA—VIZCAYA—BALEARES

La legislación del primero de estos territorios es la romana, por su carácter supletorio en primer lugar y, de consiguiente, damos aquí por reproducido lo que respecto de la accesión discreta acabamos de decir, según el Derecho catalán.

En cuanto á Vizcaya y Baleares, no contiene su legislación preceptos especiales en materia de accesión discreta y, por lo tanto es aplicable en esas comarcas el Código civil y como éste, á su vez, es trasunto del Derecho romano, tenemos por seguro, siguiendo el sentir de Bonel, que sus prescripciones son de aplicación en las referidas provincias ó comarcas aforadas.

Accesión continua

La accesión continua ó sea la incorporación de una cosa á otra por obra de la Naturaleza ó mediante el trabajo del hombre, tiene lugar, dentro de cierta nomenclatura, muy al uso, de inmueble á inmueble; de mueble á inmueble, y de mueble á mueble. Según que esa incorporación se efectúe por acción de la Naturaleza ó con el trabajo del hombre, sin revestir esto último el carácter de contrato, clasifícase la accesión en natural é industrial.

En la accesión natural de inmueble á inmueble tenemos el aluvión ó *INCREMENTUM LATENS*, la avulsión ó fuerza del río (*VIS FLUMINIS AVULSIO*), formación de islas (*INSULA IN FLUMINE NATA*) y mutación de cauce (*ALVENS DERELICTUS*).

La accesión de mueble á inmueble se verifica mediante la edificación, plantación y siembra; y la de mueble á mueble presenta las formas de adjunción ó conjunción (*ADJUNCTIO*), confusión y comixión (*CONFUSIO* y *COMIXTIO*) y especificación (*SPECIEM FACERE*, *SPECIFICATIO*).

La accesión continua en todas esas clases, descansa en estos tres principios que establece el Sr. Sánchez Román: 1.º Que al dueño de la cosa corresponde la extensión ó aumento que ésta tenga. 2.º Que esta declaración extensiva del derecho de dominio se realiza, por regla general, mediante el axioma jurídico de que lo accesoris sigue á lo principal, y 3.º Que esto último, aparte de las excepciones de la Ley, se cumple solo cuando, unidas las cosas, no puede descomponerse el conjunto que ambas forman, sin perjudicar ó destruir la naturaleza simple de alguna de ellas.

En ese ayuntamiento real no aparece ni la voluntad de un dueño á adquirir la cosa incorporada á la suya, ni la voluntad del otro dueño de desprenderse de lo que le pertenece, y claro está que la accesión no reviste el carácter de modo de adquirir, sino que es, en puridad, una extensión del dominio. Lo difícil es qué se entiende por cosa principal y qué por accesoria; en esto no ha habido uniformidad en el Derecho, asunto éste que trataremos al relacionar las legislaciones forales con el Código civil.

Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y á su costa, mientras no se pruebe lo contrario. Esta prescripción, contenida en el art. 359 del Código civil es apli-

Accesión continua

La accesión continua ó sea la incorporación de una cosa á otra por obra de la Naturaleza ó mediante el trabajo del hombre, tiene lugar, dentro de cierta nomenclatura, muy al uso, de inmueble á inmueble; de mueble á inmueble, y de mueble á mueble. Según que esa incorporación se efectúe por acción de la Naturaleza ó con el trabajo del hombre, sin revestir esto último el carácter de contrato, clasifícase la accesión en natural ó industrial.

En la accesión natural de inmueble á inmueble tenemos el aluvión ó *INCREMENTUM LATENS*, la avulsión ó fuerza del río (*VIS FLUMINIS AVULSIO*), formación de islas (*INSULA IN FLUMINE NATA*) y mutación de cauce (*ALVENS DERELICTUS*).

La accesión de mueble á inmueble se verifica mediante la edificación, plantación y siembra; y la de mueble á mueble presenta las formas de adjunción ó conjunción (*ADJUNCTIO*), confusión y comixión (*CONFUSIO* y *COMIXTIO*) y especificación (*SPECIEM FACERE*, *SPECIFICATIO*).

La accesión continua en todas esas clases, descansa en estos tres principios que establece el Sr. Sánchez Román: 1.º Que al dueño de la cosa corresponde la extensión ó aumento que ésta tenga. 2.º Que esta declaración extensiva del derecho de dominio se realiza, por regla general, mediante el axioma jurídico de que lo accesoris sigue á lo principal, y 3.º Que esto último, aparte de las excepciones de la Ley, se cumple solo cuando, unidas las cosas, no puede descomponerse el conjunto que ambas forman, sin perjudicar ó destruir la naturaleza simple de alguna de ellas.

En ese ayuntamiento real no aparece ni la voluntad de un dueño á adquirir la cosa incorporada á la suya, ni la voluntad del otro dueño de desprenderse de lo que le pertenece, y claro está que la accesión no reviste el carácter de modo de adquirir, sino que es, en puridad, una extensión del dominio. Lo difícil es qué se entiende por cosa principal y qué por accesoria; en esto no ha habido uniformidad en el Derecho, asunto éste que trataremos al relacionar las legislaciones forales con el Código civil.

Todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y á su costa, mientras no se pruebe lo contrario. Esta prescripción, contenida en el art. 359 del Código civil es apli-

cable á todas las regiones de España y descansa en dos presunciones JURIS TANTUM, á saber: que las obras, siembras y plantaciones están hechas por el propietario, por lo mismo que representan formas que reviste la facultad dominical para obtener de la cosa su utilidad ó servicio, y que lo verifica él á su costa, por cuanto entra en su interés (QUID PRODEST). Demostrado que tales obras, siembras y plantaciones, lejos de verificarlas el propietario, las ha ejecutado un tercero, es cuando entran en aplicación las reglas de la accesión.

De la edificación, plantación y siembra

ARAGÓN

Se adquiere el dominio del terreno en el cual se plantare la viña, con tal que se cultive hasta que tenga tres hojas; esto se verifica á los tres años, siempre que el prescribiente pruebe con testigos idóneos que el reclamante entraba y salía del pueblo durante ese tiempo, sin que impidiera con testigos semejante trabajo (Fuero 4.º DE PRESCRIPTIONIBUS, lib. 7.º).

Construido un molino sobre el área ajena de otro molino destruido, sin que tal obra la impida el propietario que entrase y saliese algunas veces en el pueblo, queda aquélla á beneficio del edificador (Fuero 3.º DE PRESCRIPTIONIBUS, lib. 7.º). La misma prescripción es aplicable al que edifica sobre solar antiguo ajeno desde el momento en que quedan levantadas sobre los cimientos las paredes hasta la altura de tres hiladas atapiadas formando portal (Fuero 5.º de la cita anterior); pero esto no perjudica á los menores (Fueros 3.º y 4.º), quienes, según Franco Guillén, tienen derecho al valor del solar.

Fuera de lo prescrito anteriormente, rigen en materia de edificación las disposiciones del Código, porque, según la Observancia 1.ª DE EQUO VULNERATO, lib. 1.º, no puede darse al Fuero interpretación extensiva.

CATALUÑA

Lo sembrado en campo ajeno con grano propio ó en campo propio con grano ajeno pertenece al dueño de aquél. En el primer caso, el que hubiere sembrado con buena fe recobrará el valor del grano

por medio de la retención; en el segundo, deberá el dueño del mismo ser satisfecho de su valor (Inst. §§ 31 y 32 DE RER. DIVIS.)

Lo arriba dispuesto es aplicable también á la plantación, luego de haber echado raíces los árboles trasplantados, no procediendo, en este caso, la reivindicación, ni aún después de muertos y arrancados (Inst. § 31, DE RER. DIVIS.; ley 26, § 2.º Dig. DE ACQUIR. RE. DOM.)

El que edifica ó planta de mala fe nada puede reclamar; pero si lo hace teniendo la cosa por título de arrendamiento, solo puede reclamar lo gastado, en caso de desampararla por culpa del dueño ó por forzarle el hambre, guerra ó por opresión de algún poderoso (Const. 1.º, tit. 1.º lib. 7.º; § 30 Inst. DE RERUM DIVIS.) Así lo dispone el Usatge SI QUIS IN ALIENO. Según éste, si alguno con materiales propios edifica una casa en suelo ajeno, el dueño de éste hace suya aquélla, en el supuesto de que haya habido mala fe por parte del edificador; si obró de buena fe, esto es, creyendo que el suelo era suyo, puede retener la casa (JUS RETENTIONIS) hasta que se le restituya el valor de los materiales y el salario de los albañiles. Procediendo con mala fe, se presume que tuvo intención de donar lo edificado. Si el constructor es el superficiario que, puramente y por su voluntad, sin culpa del dueño y no movido por necesidad urgente desampara la casa, no puede recobrar el precio de los materiales, ni el salario de los albañiles; mas si deja la casa por culpa del dueño, ó obligado por las circunstancias, tales como hambre del país, guerra ó por acción de algún poderoso, tiene derecho á que el dueño del suelo le devuelva el precio de los materiales, compensando con lo que á éste adeudase. La distinción entre buena y mala fe respecto al que edifica, es también aplicable al que siembra ó planta ó tala un bosque infructífero.

Discútese acerca de si el Usatge SI QUIS IN ALIENO es aplicable en el caso de que el dueño del terreno edifique, plante ó siembre con materiales ajenos. Los Sres. Arnell y Brocá se inclinan á la negativa, sosteniendo que, por silencio de aquella Constitución, debe acudirse á lo prescrito en el Derecho romano; por el contrario Bonel se pronuncia por la afirmativa; considera que el § 29, tit. 1.º, lib. II de la Instituta no es de aplicación, bien que no pueden olvidarse las reglas de la accesión de que ACCESORIUM SEQUITUR SUNT PRINCIPALE y el SUUM CUIQUE TRIBUERE.

Indiscutiblemente que la opinión de Bonel está mas ajustada al Derecho natural que la de los Sres. Arnell y Brocá; pero, á nuestro ver, no puede darse á ese Usatge una interpretación extensiva, como

no la permite ninguna legislación de carácter excepcional; á sus términos concretos debe acudirse, sin hacerlos extensivos á casos y cosas no prescritos por ella; para eso está el Derecho supletorio, reconocido como propio de los territorios aforados que, en Cataluña y en segundo grado, es el romano, único que, en este respecto, suple al Usatge, ante lo ordenado por el art. 12 del Código, supliendo éste las deficiencias de aquél.

Se dirá que no se trata de suplir la omisión del Usatge, sino de aplicarlo por analogía; pero esta operación tiende á dar á sus prescripciones mayor alcance del que permite su tenor, constituyendo una interpretación que solo cabría hacer si no hubiesen reglas jurídicas de suplencia.

NAVARRA

No tiene este territorio legislación propia en la materia que nos ocupa, debiendo acudirse al Derecho romano y, en defecto, al Código civil, que son allí supletorios de primero y segundo grado respectivamente; y como del primero de éstos nos hemos ocupado refiriéndonos á Cataluña, damos por reproducido lo antes dicho.

VIZCAYA

Las leyes 1.^a y 2.^a del tít. 15 del Fuero, más que á la plantación, tienden á regular una especie de comunidad de bienes y aprovechamiento de los árboles plantados por un porcionero. Prescribe la ley 3.^a el modo como ha de partirse la manzana entre el plantador y el dueño de la heredad, percibiendo aquél la mitad de la ganancia, si labrara, cavara el campo, criase y estereolase el arbolado, resultando de esto una aparcería. Pero lo que tiene relieve es lo prescrito en la ley 4.^a de dicho título, dispositiva de que: «Ninguno sea osado de plantar en tierra ni heredad ajena árbol ni fruto alguno, así como nocedo, castaño ó fresno, ú otro árbol sin licencia del dueño de la tal heredad, so pena de forzador ó que pierda todo lo que así plantare, ó quede para el dueño del suelo ó heredad, sin parte del plantador, con que las leyes que desuso hablan sobre y en razón de la planta de manzanos queden en su fuerza y vigor». Constituye esto una verdadera accesión, sin distinción entre plantador de buena ó de mala fé; el dueño del terreno hace suyo lo plantado.

BALEARES

Carece de legislación propia en esta materia y, de consiguiente, son aplicables á este territorio las disposiciones del

Código civil

Prescribe éste en el art. 360, que el propietario del suelo que hiciere en él, por sí ó por otro, plantaciones, construcciones ú obras con materiales ajenos, debe abonar su valor «y si hubiere obrado de mala fé, estará además obligado al resarcimiento de daños y perjuicios».

El dueño de los materiales tendrá derecho á retirarlos solo en el caso de que pueda hacerlo sin menoscabo de la obra construída ó sin que por ello perezcan las plantaciones, construcciones ú obras ejecutadas.

El Legislador ha seguido lo prescrito en el Derecho romano y en las Partidas, de que, cediendo lo accesorio á lo principal, es del suelo lo que se une al mismo. Si el plantador ó constructor es el dueño del terreno y se ha servido de materiales ajenos, adquiere la propiedad de éstos, tanto si obra de buena, como de mala fé; podría decirse que esto constituye el derecho de la finca á no verse desnuda de arbolado y del valor que le puso la obra, en cuyo derecho palpita un interés general exigente del mayor y más intenso mejoramiento de la propiedad. A los favores de la buena fe, que es un factor ético influyente en la adquisición y goce de todo derecho, el propietario que hubiese obrado de tal suerte cumple con satisfacer al dueño del árbol, materiales y semillas (esto último no lo dice el Código, sin duda por olvido, pero donde existe la misma razón, milita idéntica disposición legal) el valor de todo ello, pues nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro.

Habiendo mala fe por parte de ese dueño, pueden presentarse estas dos situaciones: una, que el propietario de los materiales pueda retirarlos (esto se refiere á construcciones) sin menoscabo de la obra ejecutada ó, tratándose de plantaciones, no perezcan éstas; otra, que no ocurra nada de esto. Pudiéndolos retirar sin tal menoscabo, ni que perezca la plantación, tiene derecho á hacerlo, porque la mala

fe de aquel dueño no puede autorizar la pérdida de una propiedad. No pudiendo verificarse tal retirada, y por respeto á lo que hemos llamado derecho de la finca, á ésta ceden los materiales y arbolado; pero aquel dueño, que de mala fe se condujo, no solo vendrá obligado á abonar el valor de tales cosas á su propietario, si que á indemnizarle de daños y perjuicios. Esto último es sumamente lato, parece-nos más práctica la ley 38, tít. 28 Part. 3.ª, que imponía á ese dueño del terreno la obligación de satisfacer al propietario el precio doblado de los materiales de la obra.

La buena fe se presume (sent. de 5 de Junio de 1894). Puede tener esa buena fe el dueño, cuando empieza la plantación ó la obra, y, durante ella, averiguarse y constarle que los materiales no son suyos, ¿Qué hacer en este caso? Lo justo, á nuestro ver, es que satisfaga el valor de los materiales empleados hasta el instante en que terminó su buena fe, y respecto de los materiales ó árboles colocados después, abone, no solo su valor, sino la indemnización de daños y perjuicios.

Debe estimarse como valor de los materiales el que éstos tuviesen al ser utilizados, no el que resulta después de hecha la obra; así una piedra tosca sacada de la cantera no tiene el valor del sillar labrado.

La indemnización de daños y perjuicios ha de ser de los que sean reales y positivos, por verdadera privación de ganancia en el orden regular de las cosas, no consintiendo que sea, en modo alguno, injusta explotación al amparo del Derecho.

¿Puede el dueño del terreno seguir utilizando los materiales ajenos, no obstante la oposición que el dueño de los mismos haga? En manera alguna porque no unidos permanentemente al fundo, continúan teniendo su condición de muebles, de cuya propiedad no se le puede privar, aún cuando se le ofrezca pagarlos; otra cosa sería si estuviesen incorporados al terreno, formando parte del inmueble, medie ó no buena fe por parte del edificador ó plantador, sin perjuicio de satisfacer el valor de los materiales y la indemnización de daños y perjuicios y de la responsabilidad penal en que hubiere incurrido por el delito de hurto ó de daños.

Destruida la obra ó arrancada la plantación, creemos que el dueño de los materiales puede recobrarlos, no solamente porque á esto autoriza el art. 360, sino por la razón de que tales materiales recobran la condición de muebles: por la demolición ó arranque ha cesado *ipso facto* la accesión. Este sentir se separa del parecer de

Rizzi, cuyo tratadista entiende que el dueño del suelo, lo es de los materiales, por cuanto por la accesión habían pasado á su propiedad.

El dueño del terreno en que se edificare, plantare ó sembrare de buena fe, tendrá derecho á hacer suya la obra, siembra ó plantación, previa la indemnización establecida en los arts. 453 y 454 del Código, ó á obligar al que fabricó ó plantó á pagar el precio del terreno y al que sembró la renta correspondiente.

La prescripción del Código, comparada con la del Derecho aragonés, es más jurídica que equitativa y, por el contrario, la de este último es más equitativa que jurídica; decimos jurídica porque lo edificado cede al terreno, constituyendo el inmueble y lo accesorio debe seguir á lo principal; pero, en Aragón, aún cuando no se ha atendido á este principio, el Derecho natural ha influido poderosamente en la prescripción de sus citados fueros, haciendo que el dueño del terreno, sabedor de que se ha edificado en el molino derruido ó en el solar, pierda todo derecho á la obra, porque, al no reclamar, se presume que consiente en perderlo, con la sola excepción de los menores de edad, toda vez que, por su condición, no les es dable ejercitar sus acciones: *CONTRA NON VALENTEM AGERE, PRESCRIPTIO NON CURRIT*.

Lo que ni es jurídico ni equitativo es lo dispuesto en la ley 4.^a, tit. 15 del Fuero de Vizcaya que priva de todo derecho al que planta en heredad ajena sin autorización del dueño, porque debe distinguirse entre plantador de buena y de mala fe.

El citado Usatge *SI QUIS IN ALIENO* ya hace esa distinción, como hemos notado al estudiarlo, cuyas prescripciones lo mismo son aplicables al que edifica que al que siembra, planta ó desmonta un bosque infructífero.

Estriba la dificultad en saber cuándo se ha de reputar de buena fe al constructor; creemos que es de aplicación general el art. 433 del Código, prescriptivo de que tiene ese carácter quien ignore que en su título ó modo de adquirir existe vicio que lo invalide; pero esto parece no encajar en la cuestión, por no tratarse de poseedor y sí de constructor, plantador ó sembrador, y, de consiguiente, la característica de esa buena fe en concreto es si esa persona sabía que el terreno no era suyo; creída de que lo era, obró con pureza de motivo, y es muy justo que se le indemnice, á menos de que el propietario del terreno prefiera que se le pague éste por el que fabricó ó plantó, ó que se le satisfaga la renta correspondiente.

Y como la buena fe se presume, no tiene derecho el propietario del terreno á que se derribe la obra levantada en el mismo, como se declaró en sent. de 5 de Junio de 1894, siendo también de citar la de 12 de Diciembre de 1908, de que el derecho de opción establecido por el art. 361 del Código, en favor del dueño, no puede entenderse limitado por causa de haberse prolongado una pared medianera que ocupaba solo parte del suelo del recurrente.

La fórmula establecida en dicho art. 361 es soberanamente justa y tiende á evitar, con ese derecho de elección del dueño, una comunidad entre éste y el constructor, edificador ó plantador; debiendo significarse que esa prescripción refiérese al caso en que ya se hubiese edificado ó plantado, ante cuyo hecho consumado, la ley provee de medios conciliadores de los intereses creados; de modo que si el dueño del terreno, al ver depositar en él los materiales ó las plantas, los hiciere retirar, no se le puede negar este derecho, porque otra cosa sería obligarle á comprar lo que no quiere. El pago de la renta por el que siembra en terreno ajeno es también equitativo, porque al capital tierra se le ha de dar el interés que le corresponde.

Claro está que si con la edificación, plantación ó siembra se han causado daños al dueño del terreno, es muy justo que se le indemnicen, rebajándolos de lo que tenga que satisfacer al que hubiese edificado, plantado ó sembrado; pero esa indemnización de daños cabe si este último ha obrado mediando culpa ó negligencia, por ser aplicable al caso lo dispuesto en el art. 1.902.

De acuerdo con Sánchez Román y Manresa creemos que lo dispuesto en el art. 361 no es aplicable cuando el que construya, siembra ó plante sea un condueño, pues las cuestiones que sobre esto se susciten deben resolverse por los pactos y, en defecto, por las reglas del condominio; como tampoco es aplicable cuando aquél sea enfiteuta, arrendatario ó usufructuario del terreno de que se trate, por no concurrir la nota de extraño al derecho de goce de la finca de la que tiene posesión jurídica fundada en un título y, de consiguiente, tales cuestiones deben resolverse por las reglas generales aplicables al arrendamiento, enfiteusis y usufructo.

El que edifica, planta ó siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado ó sembrado, sin derecho á indemnización. Así lo prescribe el art. 362 del Código que no solo tiene por precedentes las leyes 42 y 43, tít. 28, Part. 3.^a, sí que el párrafo 30, tít. 1.^o, lib. 2.^o de la Instituta y se relaciona con el Usatge SI QUIS

IN ALIENO; éste castiga á ese constructor á la pérdida de los materiales, porque supone que tuvo intención de donarlos.

El dueño del terreno en que se ha edificado, plantado ó sembrado con mala fe puede exigir la demolición de la obra ó que se arranque la plantación ó siembra, reponiendo las cosas á su estado primitivo á costa del que edificó, plantó ó sembró. Así lo prescribe el art. 363, cuyos precedentes en nuestro Derecho tradicional no los vemos, pero concuerda con los códigos francés, italiano, de Vera cruz, Baja-California y Méjico.

Estudiando los arts. 362 y 363, por la estrecha relación que entre sí mantienen, es de significar, en primer término, que, según sent. de 30 de Noviembre de 1900, el arrendatario no tiene derecho á hacer suyas las cosechas de las siembras verificadas después de habérsele requerido para que cesara en la finca, por reputarse hechas en terreno ajeno.

El procedimiento para pedir el dueño que se derribe la obra ó se arranque la plantación y siembra es el interdicto de recobrar, si no ha transcurrido el año desde el acto que lo ocasione, en cuyo juicio conseguirá el abono de daños y perjuicios y la devolución de los frutos percibidos por el demandado. Pero éste puede haber hecho gastos necesarios para la conservación del predio y, no obstante su mala fe, creemos que le deben ser satisfechos, porque, en otro caso, los hubiera efectuado el dueño, y hay que presumir que éste los consentiría, por recaer, más que en utilidad, en la necesidad de la conservación de la finca, mejor, para su existencia, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 453 del Código, sin que valga objetar que ese constructor no es un poseedor, sí que un intruso en la propiedad ajena, porque, de cualquier modo que se le considere, ha hecho un acto, con el sacrificio pecuniario consiguiente, lo cual supone «ponimiento de piés», como dicen las Partidas, significando la posesión como hecho.

Si los frutos están ya recogidos, el que sembró debe devolverlos; pero creemos que tiene derecho á que se le satisfagan los gastos de producción, recolección y conservación, por ser deducibles según prescribe el art. 356; no ocurrirá esto si no están levantados, por corresponder al propietario, dado su derecho de accesión; esto se separa de lo establecido en dicho artículo, porque se trata de un sembrador de mala fe.

Optando el dueño del terreno por que se derribe la obra ó por que se recoja lo plantado, creemos que los materiales, árboles, etcé-

tera, corresponden al edificador ó plantador, puesto que se le obliga á retirarlos, con lo cual demuestra aquél que no quiere hacer suyo lo accesorio. La ley no le da dos derechos á la vez si opta por la demolición, y esto resultaría si se hiciera suyo lo que el constructor ó plantador derriba ó arranca y retira.

Si los materiales, plantas ó semillas pertenecen á un tercero que no ha procedido de mala fe, el dueño del terreno deberá responder de su valor, subsidiariamente, en el caso de que el que los empleó no tenga bienes con qué pagar. Así lo prescribe, en su primera parte, el art. 365, informado en la equidad y sin precedentes en nuestro Derecho. El tercero no ha de sufrir perjuicio, debiendo pagarle quien se apoderó de los materiales; solamente cuando éste carezca de responsabilidad, habrá de satisfacerlos el dueño del terreno, porque nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro. Ese dueño tiene también el derecho de elección de que hemos hablado, consistente en hacer suyos los materiales, pagando al tercero, si el constructor carece de bienes, ó en exigir la demolición de la obra, ó que se arranque la plantación y siembra; en estos casos no tiene obligación de verificar semejante pago, por cuanto renuncia á los derechos de la accesión.

Como la ley se refiere á cuando se haya hecho la edificación, plantación ó siembra, entendemos que, no habiéndose ejecutado estos trabajos, el dueño de los materiales puede retirarlos del predio donde estén depositados.

El que edificó de mala fe viene obligado á reparar el daño causado, tanto al dueño de los materiales como al del terreno, cuando hubiese habido culpa ó negligencia por su parte, conforme á lo dispuesto en el art. 1.902, en relación con el 362 del Código.

Habiendo buena fe por parte del dueño del terreno y del de los materiales, y mala fe en el que edificó, sembró ó plantó, puede el primero quedarse con aquellos ú obligar al que hizo la construcción, etcétera, á que derribe la obra y arranque la plantación ó siembra; éste debe satisfacer el valor de los materiales, y solo en el caso de resultar insolvente, hecha excusión de sus bienes, los pagará el dueño del terreno.

Cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño de éste, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el hecho no se haya ejecutado á su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse.

El art. 364, cuyo es lo arriba dicho, carece de precedentes en nuestro Derecho. La legislación romana contiene la ley 5.^a, párrafo 2.^o, tít. 4.^o, lib. 44 del Digesto que dice: NEMO VIDETUR FRAUDARE EOS QUI SCIUNT ET CONSENTIUNT, y las Partidas dijeron, tomándolo de aquel texto: «Quien se deja engañar á sabiendas no puede querellarse como hombre engañado».

La mala fe por parte del edificador, sembrador ó plantador y la del dueño del terreno se neutralizan; ambas negativas forman una afirmación, que no es la buena fe de ambos, pero de sus beneficios se aprovechan.

Aluvión

Habiéndonos ocupado anteriormente de la accesión continua en su forma de unión de lo mueble á lo inmueble, vamos á tratar ahora de otro aspecto de la misma, el de unión ó incorporación de lo inmueble á lo inmueble, empezando por el aluvión, que fué definido por el § 2.^o, tít. 1.^o, lib. 2.^o de la Instituta, de este modo: INCREMENTUM LATENS, QUO ITA PAULATIM ADJICITUR, UT INTELLEGI NON POSSIT, QUANTUM QUOQUE TEMPORIS MOMENTO ADJICIATUR. Esta definición fué traducida á la ley de Partidas con estas palabras: «Todo cuanto los ríos tuellen á home poco á poco de manera que non pueden entender la quantía dello».

Fúndase esta accesión—que en Roma fué de Derecho de gentes—según unos tratadistas, en la equidad, puesto que todos los dueños de los predios ribereños corren peligro de ver cercenadas lentamente sus heredades con esos desprendimientos insensibles, y en que á todos les es útil transigir, con vistas á la adversidad, con esos cambios, quedando compensado lo perjudicial con la esperanza de lo útil, por obra de ese tácito pacto aleatorio con la Naturaleza. El tratadista italiano Rizzi fúndala en el propio interés de la industria agrícola, demandadora de que el acrecentamiento recaiga en beneficio del propietario ribereño. En nuestro sentir, y sin desatender esos fundamentos de equidad y de economía agraria, descansa el aluvión en la dificultad, cuando no en la imposibilidad, de probarse á qué fundo pertenecen los terrenos atomizados que las aguas arrastran y llevan á las heredades confinantes con las riberas, no solo de los ríos, como dice el art. 366 del Código, sino de los arroyos, torrentes y lagos, causa de accesión ó sedimentación, como prescribe el artículo 47 de la ley de 13 de Junio de 1879, vigente en esta materia

por prescripción de aquel cuerpo legal y que obliga en todas las regiones de España, por ser posterior á la fecha en que los territorios aforados perdieron, por decretos de reyes y por leyes de Cortes, su facultad legislativa.

Esto último nos lleva á consignar la afirmación de que lo relativo al aluvión, fuerza del río, mutación de cauce y formación de isla, objeto ahora de este estudio, rígease, al presente, por la ley de Aguas y la de Puertos de 1880, en lo que el Código no prescribe, y claro que la legislación foral, tanto la de régimen directo, como la de supletorio de carácter exótico, no está en vigencia, menos en aquello que no haya sido modificado.

Para que tenga lugar el aluvión requiérese que el terreno en que el acrecentamiento se verifique sea un fundo situado á lo largo de la ribera del río y que el acrecentamiento resulte sucesiva y paulatinamente de la corriente de las aguas; así se deduce examinando dicho art. 366. De consiguiente, si el predio ribereño ha dejado de serlo por atravesarlo un camino, carretera, ferrocarril, etc., no cabe que el propietario del fundo al cual se incorpora, pueda considerarse dueño de tal acrecentamiento, por lo mismo que carece de derecho en esas vías de servicio público, y añadimos que la carga de la servidumbre de paso, debida por los predios ribereños en beneficio de la navegación, flotación, pesca y salvamento, no anula ese derecho de accesión, porque tales servidumbres, establecidas para un servicio de carácter general y fundadas en la ley, presuponen, en el dueño del fundo, la propiedad de la faja de terreno sobre que se hallan establecidas, de la cual no se desprende.

Si el aluvión surge de repente ó se manifiesta de pronto, después de haberse formado debajo del agua, no pierde tal carácter por ignorarse á qué predios pertenecen los terrenos lentamente disgregados, debiendo corresponder, según el espíritu que informa el art. 366, al predio del dueño ribereño que los haya recibido, accesión que también se extiende á las obras de defensa construídas en las heredades confinantes, si paulatinamente y por efecto de la corriente de las aguas se han ido desprendiendo los materiales de aquélla, porque el art. 366 habla, en general, de heredades, sin distinguir entre tierras, ni materiales, á base siempre de que el acrecentamiento sea paulatino por efecto de la corriente de las aguas.

Si el Estado quiere privar de los beneficios del aluvión á su dueño, puede hacerlo, expropiándolo, por causa de utilidad pública, previa la debida indemnización.

Y como el aluvión es un derecho del propietario del terreno para gozar de éste no necesita acto alguno posesorio, basta lo tenga respecto del predio favorecido, por constituir aquél una anexión natural á éste, amparada por la ley.

Los dueños de las heredades confinantes con estanques ó lagunas, no adquieren el terreno descubierto por la disminución natural de las aguas, ni pierden el que éstas inundan en las crecidas extraordinarias. Así lo prescribe el art. 367 del Código que corresponde al 40 de la ley de Aguas. Este último es más completo que aquél, porque incluye en los ríos las demás corrientes; pero es menos completo por no hablar de estanques, bien que esta palabra es sinónima de lagunas existentes en propiedad particular. Lo prescrito en el Código y en la ley de Aguas aparece en la 32, tít. 28, Part. 3.^a, que dice: «las tierras descubiertas ó que el agua tornare á su lugar, usarán (sus dueños) de ellas, también como en antes facían».

Avulsión

Quando la corriente de un río, arroyo ó torrente segrega de una heredad de su ribera una porción conocida de terreno y la transporta á otra heredad, el dueño de la finca á que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta. Así lo prescribe el art. 368 del Código, que corresponde al 44 de la ley de Aguas, y se funda, al no admitir esta forma de accesión, en que, siendo conocida la porción de terreno, su dueño debe conservarla, cosa distinta del aluvión, en el que se desconoce la procedencia del terreno aumentado.

Existiendo, pues, dos dueños, el del predio ribereño, al cual se ha unido la porción del segregado, y el de ésta, no hay entre ambos copropiedad; cada cual tiene sus derechos en lo que les pertenece, por respeto al principio RES UBIQUE SIT PRO DOMINO SUO CLAMAT.

La anterior vigente doctrina, obligatoria en toda España, puesto que se funda en la ley de Aguas, que es de carácter general, pugna con el sentir del Manual del abogado aragonés (tít. 5.^o De las cosas y del dominio) según el que, en tanto conserva el primitivo dueño la parte del terreno llevada por la fuerza del río, en cuanto la reclame antes de arraigarse y formar una misma posesión con el terreno á que se reune. Esta doctrina aparece en la ley 7.^a, § 2.^o, tít. 21, lib. 2.^o de la Instit., de la que fué copia la ley 26, tít. 28, Part. 3.^a,

que, reconociendo esa forma de accesión, dió derecho al dueño del terreno sobre cuanto se le aumentara por la fuerza del río, en el caso de que el propietario de la porción disgregada no la reclamase antes de que los árboles arraigasen en el predio á que se habían anexionado.

El Código no fija tiempo para reclamar la porción segregada, ni podía fijarlo, porque, en puridad, la avulsión no es una accesión al presente, como lo fué en el Derecho antiguo, toda vez que el dueño de aquélla conserva su propiedad; claro está que puede perderla, como se pierden todos los derechos reales por la prescripción.

El Legislador, ni ha seguido la corriente romanista que estableció tal forma de accesión, reservando al propietario de la porción disgregada el derecho de reclamarla mientras los árboles no hubiesen echado raíces, ni aceptado el eclecticismo de los Códigos de Napoleón é italiano, que señalan á ese dueño el plazo de un año para reivindicar la parte de su heredad desprendida. Conservándola ésta su propietario, puede utilizar los interdictos de retener y de recobrar contra el que le perturbe ó despoje de su posesión, así como la acción reivindicatoria.

Si en la porción segregada figuran árboles, también conserva su propiedad el dueño, por cuanto forman parte del inmueble, sin perjuicio del derecho que asiste al de la finca á que se haya unido la porción conocida de terreno, para cortar las raíces que se introduzcan en su suelo y obligar á que se corten las ramas que caigan en su propiedad, conforme á lo dispuesto en el art. 592.

Los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al propietario del terreno á donde vayan á parar, si no lo reclaman dentro de un mes los antiguos dueños. Si éstos los reclamaren deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos ó ponerlos en lugar seguro. Esto, que se halla prescrito en el art. 369 del Código, tomado del art. 50 de la ley de Aguas, más que accesión, entraña una forma de adquirir la propiedad por prescripción, porque reclamando el dueño los árboles arrancados y transportados, deben serle entregados, si los pide dentro del mes; pasado este plazo pierde el derecho, plazo que se desvía del señalado por el Código para la prescripción de las cosas muebles. Pero ya que tiene derecho á que le sean entregados los árboles, no á sacarlos de la propiedad donde se hallen, pues nadie puede tomarse la justicia por su mano, debe satisfacer los gastos ocasionados en recojerlos ó ponerlos en lugar seguro, puesto que refluyen en su utilidad. Ese derecho de reclamar

los árboles no se pierda por la circunstancia de que durante dicho mes se hayan plantado y arraigado en donde fueren á parar.

Mutación de cauce

Habiendo estudiado anteriormente la avulsión, así como la acepción por arrastre de árboles, que son las dos formas que reviste la llamada fuerza del río, cúmplenos tratar ahora de la mutación de cauce.

Puestos en colisión el derecho del propietario del terreno ocupado por el río y el del Estado á quien incumbe atender á la satisfacción de los intereses generales, la ley sacrifica el de aquél á los de éste; pero esta situación puede cesar volviendo el río por donde antes iba, y se presenta la cuestión acerca de quién debe ser el dueño del cauce abandonado, si el propietario del nuevamente ocupado, indemnizando á los dueños de las fincas colindantes, ó si estos últimos. El Código, en su art. 370, se resuelve en favor de los dueños de los predios ribereños, que es lo prescrito por la Legislación romana (Instit. de Justiniano, § 21, tít. 1.º, lib. 2.º), por la ley 14, tít. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real, 31.ª, tít. 28 de la Part. 3.ª y el art. 41 de la ley de Aguas.

Si el nuevo cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras.

El art. 377 refiérese á variación natural del curso de las aguas, no á la que se haga por efecto de obras ó de operaciones ejecutadas en el cauce abandonado. Este caso ni lo resuelve el Código, ni puede serle de aplicación el art. 43 de la ley de Aguas, por referirse á cauces públicos, que quedan en seco á consecuencia de trabajos autorizados por concesión especial, los cuales resultan á beneficio de éstos, á no establecerse otra cosa en las condiciones con que aquélla se hizo.

La duda tiene difícil resolución, tratándose de un caso, no fortuito, sino intencionado, y parece lo más justo que el cauce antiguo quede á beneficio de los predios ribereños, pero que el causante de esa desviación indemnice de daños y perjuicios al dueño del fundo por donde se haya abierto el nuevo álveo.

Para resolver las muchas cuestiones á que se presta la insuficiencia de la ley, debe seguirse el criterio, á nuestro sentir, conforme con el Derecho, de que por ningún motivo puedan los dueños ribereños

torcer el curso natural de las aguas, lo cual no impide que defiendan su propiedad, de la manera que les sea permitida, porque sino inferirían daño, á menos que obtengan la autorización correspondiente del Ministerio de Fomento ó de autoridad competente, previo el oportuno expediente.

Lo arriba dicho refiérese, en general, á la apertura de cauces de los ríos. El art. 372, contrayéndose á ríos navegables y flotables, prescribe que, variando naturalmente de dirección, el cauce abierto en heredad privada entrará en el dominio público, y que el dueño de esa heredad lo recobrará, siempre que las aguas vuelvan á dejarlo en seco, ya naturalmente, ya por trabajos legalmente autorizados al efecto. Esta prescripción tiene sus precedentes en la ley 14, tít. 4.º, lib. 3.º del Fuero Real; 31.ª, tít. 28, Part. 3.ª, y art. 42 de la ley de Aguas.

Leyendo en el art. 372 parece que unicamente entran en el dominio público el cauce del río navegable y flotable, pero no los que tengan otro carácter. Esto no puede tomarse en este sentido, toda vez que el art. 34 de la ley de Aguas no hace semejante distinción: cualquiera que sea el río, su lecho ó álveo es de dominio público.

Combinando lo dispuesto en los arts. 370 y 372, entendemos que el primero se refiere á toda clase de ríos cuyo cauce, por ignorar á qué propiedad corresponde, cuya circunstancia hace que sea de dominio público, adquieren por accesión los dueños de los terrenos ribereños, en tanto que el art. 372 se refiere al río navegable y flotable cuando, variando naturalmente de dirección, abre cauce en heredad privada. Como quiera que se conoce el dueño del terreno invadido por la corriente, éste debe hacerlo suyo al quedar en seco el cauce, ya por obra de la Naturaleza, ya por trabajos autorizados al efecto. De manera que el art. 370 refiérese á una forma de accesión, en tanto que el 370 expresa una forma de restitución.

Aun cuando el río no sea navegable ni flotable, si en vez de abandonar su cauce primitivo, abre otro en propiedad privada, entendemos que es aplicable el art. 372, por cuanto no se trata de accesión, sino de que el dueño del terreno que quedó en seco por retirarse las aguas recobre lo que es muy suyo, pues ya sufrió bastante perjuicio con verse privado de la posesión de parte de su finca, sin que los dueños de los predios ribereños puedan considerarse lastimados en sus derechos.

Islas

Las que por sucesiva acumulación de arrastres superiores se van formando en los ríos, pertenecen á los dueños de las márgenes ú orillas mas cercanas á cada una, ó á las dos de ambas márgenes, si la isla se hallase en medio del río, dividiéndose entonces longitudinalmente por mitad. Si una sola isla así formada distase de una margen más que de otra será por completo dueño de ella el de la margen más cercana. Esto es lo que prescribe el art. 373 del Código, que tiene por precedentes el § 32, tít. 1.º, lib. 2.º de la Instituta, ley 29, tít. 1.º, lib. 41 del Digesto, ley 27, tít. 28 de la Partida 3.ª y el art. 46 de la ley de Aguas.

Consultando la Legislación foral vemos que, según el Fuero 1.º, DE RIBIS, lib. 3.º (Aragón) la jurisdicción de la isla ó soto que por la corriente del Ebro se forme, pertenece al pueblo por cuyo lado pueda pasar una gallina con sus pollos, si bien este pueblo ó señor de la heredad podrán volver el río á su estado.

Prescribe una de las leyes del tít. 3.º lib. 6.º del Fuero de Navarra, que el dueño del terreno en que se formó la isla no pierde su derecho al mismo si con el tiempo quedase en seco el nuevo cauce del río, de tal manera que pudiese pasar por él una gallina con sus pollos y que dicho dueño del terreno convertido en isla puede volver el nuevo brazo del río al antiguo cauce si quiere y tiene medios de hacerlo.

Las islas á que se refiere el art. 373 no son las que se forman en los ríos navegables y flotables, porque éstas pertenecen al Estado por prescripción del art. 371, como también le pertenecen las que forman los mares adyacentes á las costas de España, como prescribe el art. 371, tomado del 3.º de la ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880.

Y se explica que pertenezcan las islas, formadas por sedimentación, á los dueños de las márgenes ú orillas más cercanas á las mismas, porque de sus predios se habrá arrastrado el terreno; solo cuando estén en medio del río procede dividir longitudinalmente el área de aquéllas, por mitad, entre los propietarios de ambas márgenes. Si la isla distase de una margen más que de otra, esto es, si no está precisamente en el centro del río, lo cual raras veces podrá ocurrir, pertenecerá por completo al dueño de la margen más cercana. El dueño de esa isla es ribereño respecto de las que se formen

y concurrirá con los demás fronterizos á las otras accesiones, cuyo derecho, si bien explícitamente no lo declara el Código, es de suponer, dado el espíritu que lo informa.

Cuando se divide en brazos la corriente del río, dejando aislada á una heredad ó á parte de ella, el dueño de la misma conserva su propiedad. Igualmente la conserva si queda separada de la heredad, por la corriente, una porción de terreno. Así lo prescribe el art. 354, el cual, tomado del 45 de la ley de Aguas, con precedentes en la ley 7.^a, § 4.^o, tít. 1.^o, lib. 41 del Digesto y ley 28, tít. 28 Part. 3.^a, lejos de referirse á la accesión, reconoce el derecho de propiedad del dueño á la heredad aislada ó á la porción de terreno que queda en el río por dividirse en brazos su corriente. Creemos que ese artículo del Código es aplicable cualquiera que sea la clase de río, por más que, si es navegable ó flotable, puede el Estado expropiar ese terreno particular, por exigirlo los intereses generales de la navegación y flotación.

De la accesión respecto de los bienes muebles

Tres especies comprende esta accesión industrial: 1.^a adjunción ó conjunción; 2.^a mezcla, comixtión ó confusión y 3.^a especificación.

El Derecho romano y la ley de Partidas fueron en esta materia casuistas; no se ajustaron á un criterio científico, y como aquél rige en Cataluña y Navarra con carácter supletorio, resultará bastante complejo nuestro trabajo, al relacionar aquella legislación con el Código civil.

Los Fueros de Aragón no mencionan esta accesión, y ante su silencio, debe acudirse al Derecho común. Lo propio decimos respecto de Vizcaya y Baleares.

Prescribe el § 26 DE RER. DIVIS. de la Instit.; la ley 26, § 1.^o Dig. DE ADQUIR. RER. DOM.; y la ley 26 § 2.^o DE RER. VINDICAT., que, cuando dos cosas pertenecientes á distintos dueños han sido unidas para formar un todo, quedando, no obstante, separables, de suerte que la una pueda subsistir sin la otra, el todo pertenecerá al dueño de la cosa que constituye la parte principal. El de la accesoria podrá reclamarla después de hecha la separación (ley 7.^a, § 1.^o AD EXHIBEN., ley 23, §§ 4.^o y 5.^o del Digesto, DE RER. VINDICAT.) menos en estos dos casos: cuando él mismo verificó la unión y con mala fe (Instit. §§ 26 y 30. DE RER. DIVIS.), y cuando la unión se hubiese

verificado por soldadura de la misma materia de las cosas unidas, en cuyo caso solo podrá reclamar el valor de la accesoría (ley 23, § 5.º Dig. DE REI VINDICAT).

El Código, en sus artículos 378 y 379, se ha inspirado en la doctrina romana al prescribir que, cuando las cosas unidas puedan separarse sin detrimento, sus dueños respectivos tienen derecho á reclamar la separación, precisamente porque contra la voluntad no cabe la accesión, en el supuesto de que puedan disociarse las cosas; pero añade la novedad de que cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento ó perfección de otra sea mucho más preciosa que la principal, en el supuesto de que no puedan separarse, el dueño de aquélla puede exigir su separación, aunque sufra algún detrimento la otra á que se incorporó.

Cuando el dueño de la cosa accesoría hace su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene obligación de indemnizar al propietario de la principal de los perjuicios que haya sufrido. Si el que ha procedido de mala fe es el dueño de la cosa principal, el que lo sea de la accesoría tendrá derecho á optar entre que aquél le pague su valor ó que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal, y en ambos casos, además, habrá lugar á la indemnización de daños y perjuicios.

Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación á vista, ciencia, paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe.

Los dos polos en torno de los cuales gira esta clase de accesión son: la buena fe, y qué se entiende por cosa principal, cuando no puedan separarse las cosas unidas.

Según el Derecho romano, habiendo mala fe por parte del dueño de la cosa accesoría, no puede éste reclamar la separación, como tampoco puede exigirla si hubiese llegado á la soldadura de las cosas unidas. Poseyendo el todo el dueño de la cosa accesoría, en el supuesto de que haya obrado de buena fe, no podrá ser obligado á devolverlo hasta haber sido satisfecho del valor de aquélla y de los gastos de la unión (ley 22, § 4.º del Digesto, DE REI VINDICAT.)

De manera que el Derecho romano, como el Código, reconocen que lo accesorio cede á lo principal. ¿Qué se entiende por cosa accesoría? ¿Qué por principal? A esto contestan las leyes 20, §§ 2.º y 5.º Digesto y 19 § 12 Digesto DE AURO ARQ. que, de dos cosas unidas, es accesoría aquella que no pueda existir sin la otra, ó la que sirve

unicamente para su adorno ó complemento. No sabiendo cuál de ellas puede considerarse como adorno ó complemento, será reputada por principal la que sea de más valor y si son iguales los valores, la de mayor volumen (ley 27, § 2.º Digesto, DE ACQ. RER. DOM.)

El art. 376 y el § 1.º del 377 del Código han seguido lo prescrito por el Derecho romano y las Partidas, omitiendo que se reputa cosa accesoría aquella que no puede existir sin la principal; pero aquél ha añadido, en tributo á la cultura y para estimular sus favores, reconociendo los fueros de las artes liberales y las prerrogativas del pensamiento, que en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considerará accesoría la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel ó el pergamino, cosa que no prescribió aquel Derecho del Pueblo-Rey, ni su trasunto el Código alfonsino, pues, según la Instituta, §§ 35 y 36 DE RER. DIVIS., lo que se escribe en papel ajeno cede al dueño de éste, rigiendo lo relativo á la edificación, respecto á la buena fe. La pintura, dibujo ó escultura, mediando esa buena fe, son propiedad del que las hizo en tabla ó madera ajena, cuyo dueño puede reclamar el valor.

Aparte esa excepción, tanto por la legislación romana como por el Código civil, la cosa que sirve de adorno ó para uso ó embellecimiento de la principal llámase accesoría; si esta regla no sirviese para resolver la duda, se reputará principal el objeto de más valor (claro que para determinar esto, A POSTERIORI, deben tenerse en cuenta los elementos económicos y no razones de afección ú otras análogas), y entre dos objetos de igual valor ó precio, el de mayor volumen. Y si fuesen de igual volumen, ¿qué criterio debe seguirse? El Código, al igual que el Derecho romano, lo calla, y como quiera que se trata de un punto de apreciación, á los Tribunales incumbe decidirlo, recibida la prueba pericial y teniendo en cuenta la entidad de las cosas y su respectiva utilidad.

Según el art. 778, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento ó perfección de otra es mucho mas preciosa que la cosa principal, por ejemplo, un brillante engarzado en cualquier metal formando una joya, el dueño de aquélla puede exigir su separación, aunque sufra algún detrimento la otra á que se incorporó; pero esto es en el supuesto de que haya habido buena fe por su parte. Esta prescripción no la vemos en el Derecho romano, pues habiendo soldadura, el dueño de la cosa accesoría, que en ese caso es el brillante, solo podía reclamar el valor de la misma, y poseyendo él el todo, ó sea la alhaja, su derecho consistía en no ser obligado á

devoiverlo hasta haber sido satisfecho el valor de lo suyo y de los gastos, en el supuesto de que hubiera obrado de buena fe, sin perjuicio de la acción de hurto contra el que, á sabiendas, se hubiese apoderado de lo ajeno. (Instit. § 26, DE RER. DIVIS.)

Cuando el dueño de la cosa accesoria ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal de los perjuicios que haya sufrido. Así lo prescriben el art. 379 y el Derecho romano, con la sola diferencia de que el primero da opción á la indemnización de perjuicios.

Se explica esa prescripción, porque si el dueño de la cosa accesoria sabía que la principal no era suya, se supone que la cede al dueño de ésta.

No otra cosa sucede si quien obra de mala fe es el dueño de la principal; en este caso, según ordena dicho artículo del Código, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho á optar entre que aquél le pague su valor ó que la cosa de su pertenencia se separe, aunque, para ello, haya que destruir la principal, y, en ambos casos, además, habrá lugar á la indemnización de daños y perjuicios; esto último es en el supuesto de que existan, no que uno se los imagine.

El derecho de separación, en tanto puede reclamarse, en cuanto lo permita la cosa unida; pero no si es imposible, como la pintura del lienzo y lo escrito del papel. La ley no obliga á lo absurdo.

El precepto del Código se entiende sin perjuicio de las acciones penales que, según los casos, correspondan.

Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación á la vista, ciencia, paciencia y sin oposición del otro—añade el art. 379—se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe. Esta se presume; lo contrario se ha de probar por el que le interesa. La mala fe de ambos dueños se neutraliza.

La indemnización de perjuicios (art. 380) consiste en la entrega de una cosa igual en especie, valor y en todas sus circunstancias á la materia empleada, ó bien en el precio de ésta, según tasación.

No vemos que á esa responsabilidad le cuadre el nombre de perjuicios, tal como en este caso la circunscribe el Código; mejor hubiera sido haber escrito la de equivalencia, puesto que lo que se entrega es sustitutivo de la cosa de que fué privado su dueño; éste tiene ese derecho de elección á que se refiere el art. 380, donde aparece

la disyuntiva «ó» determinando qué es lo que puede exigir por vía de indemnización.

Si el dueño de la cosa accesoria consigue recobrarla, falta el supuesto de la indemnización y, de consiguiente, creemos que no puede acogerse á lo dispuesto en el art. 380.

Confusión y comixti6n

Consisten la primera, en la mezcla de líquidos; la segunda, en la de áridos ó sólidos; á aquélla le corresponde el verdadero nombre de confusión y á la última el de comixti6n.

Esa mezcla puede haberse hecho por casualidad, por la voluntad de los dueños de las cosas, ó por la de uno solo, y según que ha obrado con buena ó con mala fe, así son las reglas reguladoras de la accesi6n.

Si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual ó de diferente especie, ó si la mezcla se verifica por casualidad, y en este último caso las cosas no son separables sin detrimento, cada propietario adquirirá un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas. Así lo prescribe el art. 381 del Código, de conformidad á lo ordenado en los párrafos 27 y 28 DE RER. DIVIS. de la Instituta, tít. I, lib 2.º y en la ley 3.ª § 2.º Digesto, DE REL. VINDICAT.

Mediando esa voluntad de los dos dueños en la mezcla, no puede decirse, propiamente, que existe accesi6n, si que un convenio de partes, y lo equitativo es que cada uno de aquellos adquiera un derecho proporcional á lo que le corresponda, atendido el valor de lo mezclado ó confundido; esto, sin perjuicio de los pactos que se hubiesen establecido, pues, de haberlos, á ellos en primer lugar deben ajustarse, interviniendo la ley solo con carácter supletorio de tal convenio.

Cuando la confusi6n se hace lo mismo en áridos que en líquidos, por casualidad, y en el supuesto de que las cosas no puedan separarse sin detrimento, existe verdadera accesi6n, de la cual también se ocupó la Instituta en sus párrafos 27 y 28 citados, lo mismo que lo hace el Código, concediendo á los dueños de las cosas su referida parte proporcional.

Igual prescripci6n rige en el caso de que, por voluntad de un solo dueño, se mezclen ó confundan dos cosas de igual ó diferente

especie, habiendo buena fe por su parte, esto es, que creyese que ambas cosas eran suyas; en este caso cada propietario tiene derecho á su porción, en el supuesto de que no puedan separarse las cosas, pues aunque esto último no lo prescribe el art. 382, se sobreentiende.

La ley 7.ª, § 9.ª Digesto DE ACQ. RER. DOM. y la Instituta § 25 DE RER. DIVIS. IN FIN tratan también de este punto y prescriben que, si con materia de otro se hubiese formado de buena fe una especie nueva que no pudiera convertirse en su primitivo estado, será del que la formó, restituyendo al dueño de la materia su valor, y si la nueva especie puede reducirse á su primitivo estado, pertenece al dueño de la materia, recobrando el valor de su trabajo el que lo empleó de buena fe.

Aún cuando estas prescripciones del Derecho romano se refieren á la especificación, son también aplicables á la mezcla, según prescriben la ley 24 Dig. DE ACQ. RERUM DOMIN. [y el § 35 DE RER. DIVIS. IN FIN de la Instituta.

Si el que hizo la mezcla ó confusión obró de mala fe, no solo perderá la cosa de su pertenencia, porque se entiende que la renunció, si que, además, vendrá obligado á indemnizar de los perjuicios causados al dueño de la cosa con que hizo la confusión. Así lo prescribe la última parte del art. 382.

¿Esta forma de accesión por mezcla ó confusión se desvía del principio fundamental de que lo accesorio cede á lo principal? Creemos que sí, porque tal principio, establecido en los arts. 376 y siguientes del Código, refiérese á la accesión por incorporación. El Legislador se ha separado, en este respecto, de lo establecido en los códigos francés é italiano.

Especificación

Incidentalmente hemos tratado de esta forma de accesión en la sección anterior, al citar el Derecho romano, aplicable en Cataluña y Navarra.

El que de buena fe empleó materia ajena en todo ó en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando del valor de la materia al dueño de ésta. (Apartado 1.º del art. 380 del Código).

En la especificación se establece la armonía entre el capital y el

trabajo. ¿Cuál de estos dos factores económicos que concurren á la producción de la riqueza es el más importante? Y á esto los defensores del capital se pronuncian en favor de lo que llamaríamos los derechos de la materia, como lo hicieron los sabinianos, haciendo que el dueño de ésta se beneficiara con el trabajo, del que había formado una obra de nueva especie; y es que consideraron la especificación como una de las formas de la accesión, teniendo á la materia como cosa principal y al trabajo como factor accesorio. No así lo creyeron los proculyanos; vieron en la especificación una destrucción de la materia para formar un objeto nuevo, mediante el trabajo y claro que al especificante le concedieron la propiedad de aquélla por derecho de ocupación.

Indiscutiblemente que la rivalidad, honesta y fecunda para el Derecho, entre dichas dos doctrinas dió margen á una tercera, provista de fórmulas conciliadoras, que es la seguida por Justiniano y llevada á la ley 33, tít. 28 de la Part. 3.^a Según ella, se conceptuaba propietario al especificante, al que puso el trabajo en la formación del objeto, cuando la cosa no puede recobrar su primitiva forma; pudiéndola recobrar, al dueño de la materia pertenecía ésta.

El Código civil no ha desatendido, como uno de los principios reguladores de esta accesión, la buena fe del especificante; si de esta manera ha procedido, hace suya la obra, pero indemnizando del valor de la materia al dueño de ésta; siendo más preciosa la materia que la obra, el dueño de la misma puede, á su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del trabajo de la misma al autor, ó pedir indemnización de la materia.

Como se ve, el Código, siguiendo lo dispuesto en su art. 378, considera como supuesto derivativo de derechos el carácter de preciosidad de la cosa, pues siendo más preciosa la materia que la obra, el dueño de aquélla tiene ese derecho de elección, á base de que el especificante haya obrado de buena fe, criterio que no vemos en el Derecho romano.

Interviniendo mala fe por parte del especificante, y puesto que se entiende hecha su renuncia al trabajo, el dueño de la materia tiene dos derechos, á su elección: uno, el de quedarse con la obra sin pagar nada al autor; otro, el de que éste le indemnice del valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido; pero, claro que, en este último caso, el especificante hará suyo el objeto, por ser máxima jurídica que nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro.

CAPÍTULO IV

De la copropiedad

Idea general

Amplísimo es este epígrafe, con el cual no solo se denota la comunidad de bienes, si que la de derechos, como se dice en el artículo 392 del Código civil, siempre que concurren respecto de unos y de otros estos tres requisitos: objetivo uno, la cosa ó derecho; subjetivo el otro, la pluralidad de personas, y jurídico el tercero, la indivisión. Pero hay que cortarle vuelos, limitándolo al estudio de la comunidad de bienes, á lo que se llama condominio que, según Planas y Casals, es una de las clases de propiedades especiales que el Derecho civil nos presenta con rasgos determinados que la separan de su estado normal ó usual.

Más que propiedad especial ó que estado especial del derecho de propiedad, desde cuyo punto de vista es estudiado el condominio por nuestro Código y por los de Italia, Austria, Portugal, República Argentina y Méjico, la comunidad de bienes constituye una forma de la propiedad, que no es la colectiva en el sentido propio de la palabra, ni la familiar, existente todavía en ciertas regiones aforadas, ni la de aprovechamientos comunales, que se rige por el Derecho administrativo (Sentencia de 22 de Junio de 1897).

Constituye una forma de la propiedad, de suyo anormal, porque lo usual es que la cosa tenga un dueño exclusivo y no varios unidos por un vínculo jurídico, á quienes, dentro de una zona de compati-

bilidad en sus derechos, les corresponden las facultades de uso, goce, disposición y reivindicación, integrantes del dominio.

Como acabamos de decir, los elementos del condominio son: persona, cosa, y nexo jurídico; la primera no es la persona jurídica, como dice Savigny y prescribe el Código holandés, porque, si así fuera, ella sola percibiría las utilidades de la propiedad y no los individuos, sino los condueños, cuya personalidad, lejos de desaparecer, es respetada por la ley; cosa ó derecho indiviso, porque si estuviera dividido materialmente entre los porcioneros, cada uno de éstos tendría exclusivamente la propiedad de su parte, y nexo jurídico que une á esos comuneros con igualdad absoluta de derechos, siquiera en proporción varia, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de Abril de 1909.

La comunidad de bienes apenas si tiene precedentes. El Derecho romano reguló el caso del legado del esclavo hecho á dos ó más personas; dispuso que el condómino no pudiera edificar sobre el suelo común sin consentimiento de los demás partícipes, y le facultó para enajenar su parte proporcional en la cosa sin necesidad de su consentimiento; introdujo la acción mixta llamada *COMUNI DIVIDUNDO*, dirigida á la división de la cosa común por causa de herencia, pero no por virtud de contrato; acción ejercitable en todo tiempo, á no ser que hubiera pacto expreso de no dividir aquélla, que se consideraba válido en el supuesto de señalar cierto tiempo para la permanencia de la proindivisión.

El Fuero Juzgo ocupose de la comunidad de pastos, de la referente á la sociedad conyugal y de la existente entre godos y romanos, relativa á heredades, reglamentando también la propiedad comunal en cosas públicas.

El Fuero Real, en sus leyes 1.^a y siguientes, tit. 11.^o, libro 2.^o, y 2.^a y 5.^a, tít. 4.^o, lib. 3.^o, estableció, respectivamente, reglas para la división de la cosa común, virtualidad de la servidumbre de muro divisorio, haciendo que cada partícipe diese de su suelo la mitad del trecho necesario para la cimentación, y ordenó que si la cosa común sufriera daño por su división, pudiera pedirse su venta.

En las leyes de Partida hallaron acogida las prescripciones del Derecho romano en esta materia, aplicando la de los cuasi-contratos y división de herencias; prescribieron cómo debe cobrar los gastos ó ganar la parte de los otros el que repara la cosa común (ley 26, tít. 32, Part. 3.^a); proclamaron el principio de libertad de los condueños para hacer cesar la comunidad (ley 11. tít. 10.^o, Part. 5.^a);

determinaron la forma en que debía dividirse la cosa (ley 5.^a y siguientes, tít. 15, Part. 6.^a), y confundieron al comunero con el socio (ley 11, tít. 10, Part. 5.^a)

La Novísima Recopilación concretóse á declarar imprescriptible la acción para pedir la división de la cosa y estableció los derechos de tanteo y de retracto entre los condóminos.

Nuestra legislación foral también es deficiente en disposiciones relativas á la comunidad de bienes. En el tomo 1.^o de esta obra nos hemos ocupado de las comunidades familiares, del *agermanamiento* consuetudinario del alto Aragón, del acogimiento ó adopción en este antiguo reino, verdadera asociación de dos ó más familias bajo un régimen comunal; de la compañía asturiana y de la gallega. Todas estas formas ó estados especiales de la propiedad familiar, con vínculos jurídicos expresos ó tácitos, cuyas fuentes son el fuero, la costumbre ó la voluntad, revelan la tradicional y muy respetable existencia de una flora jurídica relativa á la comunidad de bienes.

Aún con ser vagos y desperdigados esos precedentes, tienen positivo valor, porque encierran elementos de construcción legal utilizados por el Código para regular esta institución, sin que haya prevalecido la sutilísima distinción hecha por Zachariæ entre la propiedad que denomina *IN SOLIDUM* ó proindiviso y la que califica de prodiviso; entendiendo que en la primera, de estirpe germánica, cada dueño es propietario de la totalidad de la cosa, bien que su derecho lo condiciona el de los otros copartícipes, mientras que en la segunda, ó sea el condominio del Derecho romano, cada copropietario tiene derecho, no al todo, sino á su parte ideal y abstracta, pues el Legislador ha recogido en su obra todo aquello que mejor cuadra á este estado especial de la propiedad, estribándolo en un principio de anormalidad. Tan cierto es esto, que el vínculo de indivisión no puede ser indefinido; queda reducido el número de años fijado en el contrato, transcurridos los cuales, así como en el caso de no haberse pactado su duración, nunca superior de diez años, hay derecho á pedir la división y, en su caso, la venta de la cosa, para que ésta pueda entrar, sin embarazo, en la corriente de la contratación, sin las restricciones del retracto y sin las trabas perjudiciales que supone la comunidad.

Examen del Código

Compatibilidad de derechos (artículos 593 y 594)

No vamos á ocuparnos de la comunidad especial de regantes, obligatoria unas veces y voluntaria otras, regulada por el art. 228 de la ley de Aguas de 13 de Junio de 1879, y por las ordenanzas y reglamentos de esas asociaciones, ni de la comunidad de derechos en la propiedad intelectual, conforme á lo dispuesto en el art. 5.º de la ley de 10 de Enero de 1879, ni de la propiedad industrial de que trata la ley de este nombre de 16 de Mayo de 1902 y su Reglamento de 12 de Junio de 1903, ni de la comunidad en la explotación de las minas faltando sociedad ó compañía á cuyo nombre se inscriba, materia esta regulada por el Decreto-ley de 1868, sino de la comunidad, tal como el Código la trata, aportando, para el esclarecimiento de este estudio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección general de los Registros, estableciendo el paralelo entre la legislación general y la foral.

Esta comunidad se rige, en primer término, por el contrato que le ha dado origen, siempre que sus términos no se opongan á la ley, y en segundo, por las disposiciones del Código.

El concurso de los copartícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcionado á sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las proporciones correspondientes á los partícipes en la comunidad.

Este es el principio establecido por el art. 393, altamente justo. La presunción de igualdad no solo tiene carácter espectante, como dice Manresa, durante la indivisión, sino que sirve de supuesto legal para cuando la cosa se distribuya en porciones; de manera que si éstas no se determinan, existe la presunción de que son todas iguales.

Puede creerse, erróneamente, que con ese precepto legal pugnan las resoluciones del Centro Directivo de 6 de Junio y 18 de Agosto de 1894, declarativas de que debe constar la determinación de cuota, de una manera precisa, clara é indubitable; pero adviértase que esta circunstancia es solo de un orden hipotecario para que del Registro conste, por medio de la oportuna inscripción, la capacidad civil de la finca indivisa, constituida por derechos que tienen

sus porciones; si son iguales, debe expresarse así en el documento registrable.

Probándose la participación correspondiente á cada porcionero en unas minas, se aplica rectamente el art. 393 (sent. 14 Marzo 1903).

Cada copartícipe podrá servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme á su destino, y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida á los copartícipes utilizarla según su derecho.

El art. 394 del Código, del cual sacamos la anterior disposición, proclama el derecho individual del porcionero, no en absoluto, sino con restricciones, con las que se establece la compatibilidad con el de los demás interesados. Esa facultad individual de uso ó servicio de la cosa es solo por el destino, no por la naturaleza de la misma; claro está que el precepto legal puede no ser aplicable mediando pacto en contrario, primera norma jurídica en materia de comunidad de bienes; faltando convención y puesto que no cabe derecho contra el derecho, el porcionero no puede romper la armonía que, respecto del servicio de la cosa, corresponde por igual á todos los copartícipes, sin que la tolerancia por parte de estos últimos pueda fundar y legitimar el abuso por parte de aquél. Y tan armónicos deben ser los derechos de los condóminos, que el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de Diciembre de 1891, interpretando el art. 394, declaró hallarse en su lugar el fallo condenatorio á destruir ciertas obras verificadas en un patio común á distintas fincas.

Tenemos, pues, por seguro, que la acción para pedir el derribo de fábrica levantada en cosa común, es de dominio; pero, separándonos de la opinión de Manresa, entendemos que no caben los interdictos, por cuanto estos medios defensivos y reparadores presuponen, en quien los deduce, posesión suya, excluyente de la del otro, y así lo hemos visto confirmado en la práctica forense.

Efecto de esa compatibilidad de derechos, todo copropietario puede obligar á los partícipes á contribuir á la conservación de la cosa ó derecho común, precisamente porque esto refluye en beneficio de todos los interesados; pero podrá eximirse de esta obligación (art. 395) el que reuuncie á la parte que le pertenece en el dominio.

Pregúntase si ese copropietario tiene obligación de notificar á los condóminos la necesidad de la obra ó de las gestiones conducentes, si se trata de conservar un derecho, para obligarles á contribuir á cuanto exija la conveniencia de los mismos. Nos inclinamos á la negativa, porque en el fondo de la comunidad de bienes palpita un

cuasi contrato, fundado, como todos los de esta clase, en un principio de justicia ó, como decían los romanos, en un supuesto de equidad ó de utilidad y, claro que si el propietario ha hecho esos gastos de conservación, muy justo es que se reintegre de ellos, contribuyendo él en la parte que le corresponda. Si se ha excedido en esos gastos ó si la cosa ó derecho no los exigía, puede constituir esto materia de oposición, cuando sean reclamados, sin que quepa ese aviso no exigido por el Código, el cual se ha separado, en este punto, de la ley 26, tít. 32, Part. 3.^a, que recogió lo prescrito en el Derecho romano, y tan necesaria era esa notificación, que, no mediando ó procediendo de mala fe ese porcionero en las obras de conservación ó labores de la tierra, constituida por el labrado, perdía el derecho á reintegrarse de los gastos, aprovechando las mejoras á los demás condóminos; de forma que esto constituía una cláusula penal á la officiosidad y al dolo.

No porque un copropietario se niegue á pagar su parte se le ha de tener por privado *IPSO FACTO* de su interés en la comunidad. El derecho del que llamaríamos gestor se reduce á exigirle el pago, de cuya obligación puede eximirse el deudor, renunciando á su parte. Esto ha modificado la citada ley del Código alfoncino, prescriptiva de que, si transcurridos cuatro meses siguientes al día de acabada la obra no satisfacía el condómino su parte de gastos, perdía su derecho en la comunidad, que recaía en favor de quien hizo la reparación.

Explícase esta sanción porque á la satisfacción de gastos debía preceder el aviso predicho, para que ningún porcionero se llamara á engaño y tuviera que pasar por las consecuencias de sus omisiones; pero no exigido ese requisito por el Código, semejante pérdida de parte no es por derecho, sí que por voluntad del que la renuncia para librarse del pago, no recayendo aquélla en beneficio del copropietario pagador de los gastos, si que de todos los interesados en el condominio; quienes, al aceptarla, deben satisfacer la porción que les corresponda de más ó sea la del renunciante, por ser de justicia que quien toca el beneficio, peche su carga inherente.

Suscribimos el sentir de Manresa de que esa renuncia de que trata el art. 395, no se refiere unicamente á la cosa ó al derecho motivo de las expensas, cuyo pago no quiera hacer el comunero, sí que á la universalidad de los bienes y derechos constitutivos de la comunión, es decir, la totalidad del condominio, menos tratándose de la comunidad especial del muro medianero, por cuanto la renuncia de éste se halla determinada en el art. 595.

Esa renuncia no debe ser tácita ó inferida por hechos, sino expresa, sin condición, reserva ni determinación de plazo, debiendo constar en escritura pública ó ejecutoria para inscribirse en el Registro de la propiedad la porción acrecida á los condóminos, debiendo tenerse en cuenta las disposiciones especiales relativas á la aceptación condicional y repudiación de las herencias, si se trata de la renuncia del derecho hereditario en un caudal todavía yacente.

Secuela de ese principio de compatibilidad de derechos en la comunidad, es lo dispuesto en el art. 397, de carácter prohibitivo, según el que, ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos.

Explícate esta disposición, porque al arbitrio de un condómino, seducido, quizás, por engañosas ventajas, no pueden quedar los intereses de la comunidad con alteraciones en la cosa indivisa, no de obras necesarias, pues éstas las puede hacer, según lo dispuesto en el art. 395, ni de actos de mera administración que en su lugar estudiaremos, sino de cambios de aquélla, de verdaderas alteraciones ó modificaciones; prohibición esta que aparece en la ley 28 título 3.º, lib. 10 del Digesto, donde se lee la conocida sentencia de Sabino que decía: En la cosa común ninguno de los condueños puede tener derecho á hacer aquello que pueda alterarla». De manera que el condómino no puede distraer la cosa del fin á que por su naturaleza y según la voluntad de los comuneros estaba destinada. Permi-tiérase esto, y á merced de un interesado estaría la existencia de la comunidad, y aún cuando la mayoría de dueños apruebe los actos ejecutados por aquél creemos que esto no surte efecto, porque los acuerdos, en tanto obligan, en cuanto se refieren á lo que es objeto de administración de la cosa, no á lo que constituye el derecho de propiedad de la misma.

Acerca del alcance de la palabra «consentimiento», empleada en el art. 397, no están concordes las opiniones de los tratadistas. El consentimiento, que no es otra cosa que la voluntad expresada en forma inequívoca, presenta, según los romanistas, varias modalidades, á saber: la propiamente *CONSENSUS*, *PATIENTIA*, *IGNORANTIA*, *PROHIBITIO*, y ciertamente que el Legislador no ha tenido en cuenta esta clasificación, más casuística y minúscula que científica; antes bien ha elevado el concepto, viendo en el consentimiento la conformidad en aquello sobre que verse, dejando al Tribunal, *A QUO*, la

apreciación, por el examen de las pruebas suministradas en el pleito, de si medió ó no aquél en el caso debatido.

¿Basta el consentimiento tácito ó inducido por hechos? Creemos que sí, porque el Código no exige que aquél sea expreso, bastando que haya consentimiento; pero una cosa es el consentimiento tácito y otra la aquiescencia y la tolerancia, reveladoras de una situación pasiva y no activa ó de verdadera actuación, y de consiguiente aquéllos, en nuestro sentir, no arguyen ni tienen la fuerza de conformidad á que el precepto legal se refiere.

Administración

Distingamos, por exigirlo el estudio de este punto, entre actos de dominio y actos de administración. Para ésta y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes.

¿Qué se entiende por mejor disfrute? *A priori* no puede contestarse á esta pregunta; de manera que aquél será según la naturaleza de la cosa, y así lo reconoce el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de Junio de 1897 y 8 de Julio de 1902. En la primera de éstas se dice que el contrato que tiene por objeto el aprovechamiento de los productos forestales de fincas poseídas en común es un acto de mera explotación de esa clase de propiedad y no de enajenación del dominio; y en la segunda se declara que, tratándose de explotación de minas, las variaciones de labores, máquinas y aperturas de pozos; no pueden reputarse alteraciones de las comprendidas en el art. 397 del Código, porque son natural consecuencia y propias de la explotación.

No habrá mayoría de partícipes (sigue diciendo el art. 398, al cual nos referimos) sino cuando el acuerdo esté tomado por los que representan la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

No el sufragio individual, el voto de cada partícipe igualándoles en la comunidad, de una manera absoluta, sino la proporcionalidad en las cuotas de participación, es el supuesto de ese voto, precisamente porque se trata de intereses.

Cada hombre es un voto, dijo Gladstone, defendiendo el sufragio universal en Inglaterra; cada porción es un voto, prescribe el Código civil en materia de acuerdo entre comuneros; lo cual es soberana-

mente justo, porque á mayor interés, mayor voto. Podía haber seguido otro sistema, como lo hacen el Código de comercio (art. 901) y la ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.139), el de mayoría de acreedores y mayoría de créditos; pero el Legislador cree bastante con la mayoría de porciones, y aún cuando esto ocurra, no se han de rendir los intereses de los disidentes á la fuerza brutal del número, porque si el acuerdo fuere gravemente perjudicial á los interesados en la cosa común, lo mismo que si no resultase mayoría, el Juez proveerá, á instancia de parte, lo que corresponda, incluso para nombrar un administrador.

Como se ve, esos comuneros disidentes del acuerdo tienen en la justicia reparadora su firme garantía; ésta resuelve las cuestiones que entre los condóminos se susciten, ya por nulidad del acuerdo, ya por ser gravemente perjudicial, ya por no haberse tomado ninguna resolución relativa á la administración y mejor disfrute de la finca. Pero para que la justicia hable, se ha de seguir un procedimiento, deduciendo en él las acciones correspondientes. El Código no las expresa ni puede expresarlas, por ser esto propio de la ley de Enjuiciamiento civil, y, ante este silencio, entendemos que el procedimiento es el del juicio ordinario, según la cuantía de la cosa, pudiéndose pedir y ventilarse, como cuestión incidental, lo relativo al nombramiento de administrador, cosa que el Juzgado puede hacer en interés de todos los comuneros cuando lo crea del caso, sin que se prejuzgue con ello la cuestión planteada, porque, de lo contrario, resultaría que durante la tramitación del litigio, de suyo larga, enzarzada con incidentes, estuviera abandonada la administración de la cosa ó ésta no fuese lo celosa y proba de desear.

Pero para que el Juez pueda revocar el acuerdo, es preciso que éste sea *gravemente* perjudicial. ¿En qué ha de consistir esa gravedad? Tampoco puede tenerse en esto un criterio apriorístico; depende de la naturaleza del acuerdo en cada caso, á base de que se hubiese inferido agravio al reclamante.

Los actos dominicales ó atentatorios á la mera posesión de los copartícipes están vedados al administrador, cuyas facultades no son otras que las que tienen los mandatarios, y de consiguiente, sin expresa y unánime autorización de todos los comuneros, no puede transigir ni gravar en modo alguno la cosa común, ni someter las cuestiones sobre la misma al juicio de arbitros ó amigables componedores, ni hacer arrendamientos de aquélla, inscribibles en el Registro de la propiedad, como se declaró en la Resolución del Centro

directivo de 28 de Diciembre de 1892, porque con ello se constituye un derecho real, conforme á lo dispuesto en el art. 2.º de la ley Hipotecaria.

El administrador nombrado por el Juez es un verdadero mandatario de éste, y sus atribuciones y deberes se determinan por la extensión que se hubiere dado al mandato (Sent. 31 Marzo de 1886), con derecho á percibir la retribución fijada, á cargo de la comunidad, figurando en las cuentas que debe rendir, para ser exhibidas á los partícipes ó interesados, los gastos ocasionados en la formación de las mismas (Sent. de 17 de Junio de 1884).

Lo que hemos dicho acerca de que puede pedirse, por medio de incidente, el nombramiento de administrador judicial, lo vemos confirmado, indirectamente, por la Sent. de 26 de Enero de 1887, que no exige que tal reclamación se haga en juicio ordinario. Nombrado el administrador, se formará la pieza de administración, y en ésta el Juez, por sí ó á petición de cualquier interesado, valido de las justificaciones necesarias, puede remover del cargo á aquél, haya ó no constituido fianza.

Enajenación ó gravamen de las porciones indivisas

Todo condueño tiene la plena propiedad de su parte y la de los frutos ó utilidades que le correspondan, pudiendo, en su consecuencia, enajenarla, cederla é hipotecarla, y aún sustituír á otro en su aprovechamiento, salvo si se trata de derechos personales (como el uso y la habitación). Pero el efecto de la enajenación ó de la hipoteca con relación á los condueños estará limitado á la porción que se le adjudique en la división, al cesar la comunidad.

El art. 399 del Código, cuyo es lo arriba copiado, y de una claridad meridiana, tiene por precedente la ley 55, tít. 5.º Part. 5.ª En la comunidad de bienes no se absorbe el derecho de los porcioneros.

Esto nos lleva á distinguir entre comunidad y sociedad, términos estos que, usualmente, se confunden y que tienen muy distinto alcance.

Entre ambas existe un punto de analogía, cual es el que hay comunión de bienes y de derechos, pero se descubre una nota diferencial de grandísimo relieve, y es que por la sociedad surge, á los favores del contrato que le da origen, una personalidad distinta de la de los socios, mientras que, en la comunidad, tomada esta palabra

en sentido específico, esa personalidad no surge; se conserva la de cada condómino, rigiéndose, lo relativo á la copropiedad, por el contrato, y, en su defecto, por las disposiciones del Código.

Pues bien; á falta de contrato que limite temporalmente los derechos de los condóminos, éstos, puesto que tienen la plena propiedad de su parte, pueden hacer esos actos de enajenación y de gravamen y sustituir en el aprovechamiento de la cosa y de los derechos no personalísimos á quien les plazca, quedando limitada la enajenación ó la hipoteca á la parte que se les adjudique al hacerse la división por cesar la comunidad.

Se declaró en sent. de 6 de Abril de 1896, que, tratándose de fincas pertenecientes proindiviso á varias personas, puede cualquiera de éstas entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todas, así como se resolvió por la de 27 de Octubre de 1900, que el copropietario del predio dominante tiene derecho para reclamar por sí la declaración de existencia de una servidumbre.

El art. 399 del Código no es completo, porque, al prescribir que todo comunero tiene las facultades que en él se expresan, ha debido añadir que puede ejercitar todas las acciones que en su interés y en el de la comunidad correspondan, con lo cual resultaría que á cada porcionero se reconocerían, respecto de su cuota indivisa ó intelectual, todas las facultades integrantes del dominio y, como extensión de las mismas, el de ejercitar las acciones reivindicatorias unas, confesorias otras, que á la comunión interesen, incluso los interdictos.

Ese artículo del Código no implica que cuando se haga uso de él cese *IPSO FACTO* la comunidad (sent. de 29 de Diciembre de 1905), porque el derecho del condómino se halla limitado á la porción que tenga al cesar ésta (sent. 4 de Abril 1905), debiendo citarse, por la gran importancia que entraña, puesto que define los derechos y obligaciones en la comunidad, otra sentencia, la de 5 de Junio de 1907, declaratoria de que tales derechos y obligaciones constituyen un concepto no confundido con el de propiedad y de dominio sobre las participaciones que se tiene por los interesados en ellas, siquiera sea mental ó ideal, viniendo á ser el art. 399 una sanción de la doctrina contenida en la legislación anterior, pudiendo el condómino ejercitar cuantas acciones sean procedentes respecto de nulidades, reivindicaciones y prescripciones, mientras subsista la comunidad, para la determinación del dominio de cada parte cuando se haga la división de la cosa común ó para el señalamiento de las respectivas utilidades que ésta produce.

División y venta de la cosa común

Ningún copropietario está obligado á permanecer en la propiedad. Cada uno de ellos podrá pedir, en cualquier tiempo, que se divida la cosa común.

Este principio absoluto, proclamado en el primer apartado del art. 400, tendente á procurar por la libertad de la cosa, principio clásico que estableció el ilustre jurisconsulto Gayo, tiene una limitación en ese mismo precepto, cuando añade que será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo indeterminado que no exceda de diez años, plazo prorrogable por nueva convención. Y es que el Legislador ha procurado conciliar, sirviéndose del criterio *tiempo*, el interés de la propiedad en general (para despojarla de trabas establecidas por la proindivisión, nido de cuestiones y semillero de pleitos) y el condicional respeto que merecen los fueros de la voluntad, y la misma conveniencia de los copartícipes en estar ligados temporalmente, para que la cosa común dé, con su destino, las utilidades que, fraccionada, no reportaría.

Ya la ley 14, tít. 3.º, lib. 10 del Digesto prohibió el pacto de no dividir; permitió el fijamiento de plazo de duración de la comunidad (esta regíase por las prescripciones del cuasi-contrato como regla normal), pero no señaló la duración de aquél, vacío que el Código ha procurado llenar, con gran acierto, siguiendo al italiano.

Y como ese pacto de no dividir durante diez años significa una abdicación temporal de la libertad de los condueños, éstos, para establecerlo válidamente, deben tener la capacidad legal necesaria, supliéndola las personas señaladas por la ley ó completándola, según los casos, de manera que el vínculo así establecido quede perfecto.

Puede provenir la comunidad de un testamento ó de una donación (la sociedad no puede tener este origen, sino el contrato precisamente), y claro que, por respeto y para que no se eluda el artículo en estudio, no le es lícito al testador ó al donante prohibir, en absoluto, la división. Únicamente le es dable señalar un plazo, nunca superior de diez años. Consideramos ineficaz toda cláusula contraria á esta prescripción.

Existen comunidades á las cuales, por su naturaleza, no es aplicable lo dispuesto en el art. 400, tales como la de aguas, medianería, etc.

Los copropietarios no pueden exigir la división de la cosa común cuando resulte inservible para el uso á que se destina. Así lo prescribe el art. 401 que hay que enlazar con el 404, ordenatorio de que cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los comuneros no convinieren en que se adjudique á uno de ellos, indemnizando á los demás, se venderá y repartirá su precio.

Recordemos lo dicho en el capítulo I: se tiene la propiedad, en sus distintas formas, para obtener de las cosas la utilidad propia de su naturaleza, y aún cuando éstas sean materialmente divisibles, no hay que destrozarlas, por resultar atentatorio á la naturaleza del derecho de propiedad y opuesto á los deberes que, para con ésta tiene el hombre, y de aquí que la ley detenga la acción destructora de los copropietarios demandadores de la división, y solo cuando no convengan en que se adjudique á uno de ellos, indemnizando á los demás, es decir, satisfaciéndoles lo que por razón de su cuota ideal les corresponda, procede la venta extrajudicialmente, si así lo convienen, ó judicialmente habiendo oposición, repartiéndose entre ellos el precio que se obtenga.

Se nos olvidaba decir que la facultad de los condóminos á prorrogar el plazo de los diez años, tiempo máximo de indivisión, no se limita á una sola vez; cabe que las prórrogas se sucedan, dado que el Código silencia este punto.

La división de la cosa común puede hacerse por los interesados, ó por árbitros ó amigables componedores nombrados á voluntad de las partes, y como quiera que, en el fondo, constituye un acto de enajenación, pues en la fijación de lotes ó partes proporcionadas á cada condueño pueden éstos salir perjudicados, creemos que si se hallan sujetos á tutela se necesita, además de la del consejo de familia, la aprobación judicial, pues lo dispuesto en el núm. 7.º del art. 269 del Código no excluye lo ordenado por los arts. 1.049 y 1.050 de la ley de Enjuiciamiento civil, concordantes con el 1.060 de aquél.

También se requiere la aprobación judicial si en esa división está interesado un menor de edad, cuyos intereses sean incompatibles con los de su padre, correspondiendo la representación de aquél á su defensor legal. No existiendo esa incompatibilidad de intereses, creemos, fundándonos en el art. 1.060 relacionado con el 406 y en la Res. de 6 de Septiembre de 1907, que pueden el padre ó madre, ejerciendo la patria potestad, representar á su hijo, sin que para la división de la cosa común intervenga, ni se exija la aprobación judicial.

Pueden esos partícipes confiar la división á árbitros ó á amigos componedores; pero para que éstos puedan cumplir su cometido han de ser nombrados conforme á lo dispuesto en los arts. 792, 793 y 828 de dicha ley procesal.

Si la división se hace por los interesados, éstos pueden estipular lo que tengan por conveniente si no es opuesto á la ley, á la moral ó al orden público, así como establecer refacciones en dinero, pues, como dice el adagio, á partes contentas no hay juez quereloso. Si se practica por árbitros ó amigos componedores, los primeros procediendo con arreglo á derecho y los segundos *EX EQUO ET BONO*, han de formar partes proporcionadas á lo que corresponda á cada partícipe, evitando en cuanto sea posible los suplementos á metálico, pues esto representa un sacrificio pecuniario que no es justo imponer caprichosamente.

Garantías de terceros

Los acreedores ó cesionarios de los partícipes podrán concurrir á la división de la cosa común y oponerse á la que se verifique sin su concurso. Así lo dispone la primera parte del art. 403 que no exige sean citados los acreedores y cesionarios á la división. El derecho de estas personas consiste en concurrir á ese acto, y, notificados ó no notificados, ó oponerse á la que se verifique sin su concurso, constituyendo esto una medida preventiva, aseguradora de sus intereses. Pero, consumada la división, habiéndose señalado á cada partícipe la porción de su derecho, ora por conformidad de los mismos, ora por sentencia arbitral, los acreedores y cesionarios no pueden oponerse á ella, según dispone dicho artículo, excepto en estos dos casos: si se ha hecho la división en fraude de los mismos, esto es, por haberse adjudicado al deudor ó cedente respectivo menor participación en valor de la que le corresponda, ó si se ha verificado á pesar de la oposición formalmente interpuesta para impedirlo, y quedando siempre á salvo los derechos de ese deudor ó del cedente para sostener su validez.

La acción que á ese acreedor ó cesionario compete no es otra que la rescisoria, deducida en juicio ordinario dentro de los cuatro años siguientes á la fecha de haberse consumado la división, acción que es de carácter subsidiario, es decir, que no puede utilizarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obte-

ner la reparación del agravio, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria en su art. 37, que comentamos en nuestra obra «Derecho hipotecario y notarial».

Réstanos abordar la cuestión de si á los acreedores y cesionarios de los partícipes les es permitido pedir la división de la cosa. El cesionario puede hacerlo si resulta que ha adquirido el derecho inscrito en el Registro, tratándose de cosa inmueble ó si, no siendo de esta clase, se hubiera hecho saber la cesión á los copartícipes, puesto que se colocan en el lugar y derechos del cedente. No decimos lo propio respecto de los acreedores, aunque sean hipotecarios. Carecen de derecho de propiedad en la cosa y su derecho queda circunscrito á hacer efectiva, por los medios legales, la obligación de pago, y caso de que se les adjudique ó adquieran en venta judicial la parte del deudor, sin que los otros condóminos hayan utilizado el retracto, pueden pedir esa división, respetando, en su caso, el pacto de no dividir, pues, en realidad, ya no son tales acreedores, sino dueños de la porción intelectual que en la cosa tenía el deudor, en cuyos derechos y obligaciones se colocan.

Para pedir la división de la cosa común no es preciso que esté inscrita en el Registro de la propiedad á nombre de los condóminos; esto se apoya en dos razones: una, en que, por nuestro sistema hipotecario, la inscripción no es obligatoria y otra, en que el derecho del porcionero demandante no se dirige contra tercero, sino contra sus compañeros de comunidad, no siendo de aplicación, por tanto, el veto establecido en el art. 389 de la ley Hipotecaria.

Y después de consignar que, según prescribe el art. 406, son aplicables á la división entre los partícipes en la comunidad, las reglas concernientes á la división de herencia, cúmplenos dedicar unas líneas al estudio del art. 405, preceptivo de que la división de una cosa común no perjudicará á tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre ú otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición.

El precepto alude á esas restricciones del dominio establecidas, no sobre la porción ó cuota ideal de los partícipes, sino sobre la cosa común, y claro que con tal partición no podrá lesionarse un derecho real preexistente que á su favor tenía el tercero, quien no puede ser despojado de sus intereses por hechos que no consintió. Si el crédito es hipotecario, puede repetir, por la totalidad de la suma garantida, contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la gravada, ó contra todas á la vez, y lo mismo es aplicable á otros

derechos reales, no estando de más recordar aquí lo dispuesto en el art. 1.618 de que no puede dividirse la finca censada sin el consentimiento expreso del censalista, aunque sea á título de herencia. Si esto ocurre con las hipotecas y con los censos, no menos ha de suceder con á las servidumbres, en debido respeto al principio de adherencia ó inseparabilidad de las mismas, por cuanto constituyen una carga del predio sirviente.

Copropiedad en fincas urbanas

Cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan á distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deben contribuir á las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas establecidas en el art. 396, cuyo es lo antes escrito.

Esas reglas son. 1.^a Que las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común estarán á cargo de todos los propietarios, en proporción al valor de su piso. 2.^a Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía comunes á todos se costearán á prorrata por todos los propietarios, y 3.^a La escalera que desde el portal conduce al piso primero se costeará á prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; lo que desde el primer piso conduce al segundo se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero y así sucesivamente.

Este precepto, cuyo casuismo lo abona la claridad con que se halla redactado, no autoriza la división de una casa por pisos y habitaciones, porque esto haría cambiar la forma del condominio, sin que tenga aplicación, para sostener lo contrario, el número tercero del art. 8.^o de la ley Hipotecaria, escrito para determinar la manera de hacerse las inscripciones (Sent. 14 de Junio de 1895).

Ejerciendo la abogacía vimos un pleito donde se discutía si los copropietarios de una casa distribuída en pisos tenían derecho á pedir la división, asunto que fué resuelto afirmativamente por la sent. de 18 de Marzo de 1897, pues esa distribución no excluye la copropiedad en á lo que es común á los porcioneros, como las paredes de sostén, zaguán, escalera, cubierta ó techumbre del edificio, etc., rigiéndose todo esto por las disposiciones del tít. III, libro II del Código civil.

Legislación foral

La única que contiene alguna que otra disposición es la catalana, pues rige allí el Derecho romano, cuyas citas hemos hecho al examinar los arts. del Código civil. El 393 de éste es aplicable á dicha región por haberlo así declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 25 de Febrero de 1896.

A la división de bienes comunes por cualquier causa ó título distinto del contrato de sociedad, son aplicables las disposiciones relativas á la de bienes por causa de herencia (Instit, § 5, DE OFIC. JUD., leyes 2.^a, 3.^a, 4.^a, 6.^a, 11.^a y 14. Dig. COMUN. DIVID. ley 3.^a Cod. id).

Era nulo en Roma y lo es Cataluña el pacto absoluto de no dividir; ha de ser temporal. El derecho de pedir la división de la cosa común compete igualmente al usufructuario, al acreedor pignoraticio y al simple poseedor, siempre que su posesión no sea viciosa, ó provenga de préstamo, depósito ó arrendamiento. (leyes 7.^a y 11.^a Dig. ídem).

No cabe la prenda en cosa inmueble, y como por el Derecho romano la hipoteca y la prenda eran cosas sinónimas, en el sentido amplio de la palabra, creemos que, tratándose de comunidad en cosa inmueble, ese derecho concedido al prendario lo tiene el hipotecario cuyo crédito no proceda de préstamo; porque en otro caso no tendría objeto la excepción señalada en el Digesto. De modo que el Derecho romano concedió la facultad de pedir la división de cosa común á persona que el Código civil no autoriza.

aparte estas variantes y las que hemos señalado estudiando los arts. del Código, especialmente el 395, este cuerpo legal rige en Cataluña, y tan es así que muchos de sus tratadistas ni siquiera hablan de la comunidad de bienes en dicha legislación excepcional.

Para completar el estudio relativo á comunidad de bienes, puede verse lo que hemos dicho en las págs. 85, 90 y 100 del proemio de esta obra, donde tratamos de las instituciones aragonesas, consorcio foral, sociedad tácita familiar y sociedad legal continuada, ampliado todo esto en el fondo del tomo 1.^o, pág. 165, así como con respecto á la sociedad gallega lo que se dice en la página 243, bien que la existencia de ésta se pone en duda.

En Navarra rige, como supletorio del Derecho foral, el romano;

de manera que el estado legislativo de aquella región sobre estas materias es igual al de Cataluña.

Tal como regula el Código la comunidad de bienes no aparece en Vizcaya, pues la que allí existe, de carácter familiar, no merece tal nombre, ya que no se refiere á cosa individual ó singular. El Código rige en aquel territorio, lo mismo que Mallorca, donde tampoco aparece ninguna especialidad en esta institución.

Crítica

El Código, apenas sin precedentes en el Derecho romano, ni en la Legislación tradicional de Castilla relativos á la comunidad de bienes, ha moldeado esta institución de manera que satisface los dictados de la conciencia jurídica; pero como ese cuerpo legal no se corresponde con las reglas de la ley de Enjuiciamiento civil, demandadora de urgente reforma, resulta que en la práctica, los derechos de los condóminos para pedir ora la división, ora la venta de cosa común, tropiezan con serias dificultades aparejadas de las dilaciones y gastos que lleva consigo el juicio declarativo, único lugar á donde deben llevarse tan legítimas pretensiones.

En suma, que el derecho sustantivo, en orden á la institución á que nos referimos, nada deja que desear; no podemos decir lo propio del derecho adjetivo exigente de pronta y radical reforma.

CAPÍTULO V

De la posesión

Idea de la misma

Vamos á tratar en este capítulo, siquiera sea superficialmente, del *JUS POSSESSIO*, del *JUS POSSIDENDIS* y del *JUS POSSESSIONIS*, exponiendo las teorías que, acerca de este instituto jurídico, se han sucedido, y sin que al presente los escritores hayan llegado á un acuerdo.

¿Qué es la posesión? ¿Es un hecho? ¿Es un derecho? ¿Es una simple manifestación externa del dominio? ¿Es un estado legítimo de la propiedad? He aquí las cuestiones que importa tratar antes de hacer el estudio de las legislaciones forales en esta materia, relacionando sus prescripciones con las del Código civil.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, posesión es acto de poseer ó tener una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí ó para otros. Así la consideró nuestro llorado maestro, el sabio D. Eduardo Pérez Pujol; y el mismo concepto le merece al eximio romanista Heinecio.

Dice Maynz que, al paso que es un poder legal la propiedad, es un poder de hecho la posesión.

Explícate que muchos romanistas vean en la posesión solo un hecho, porque, como advierte el Sr. Bonel, el Pueblo-Rey no vió en ella mas que el fundamento y la base de la prescripción como

un modo de adquirir la propiedad; lo cual impedía que surgieran derechos á la sombra de la misma, consagrados y protegidos por la Ley.

Arhens rechaza que la posesión sea el poder de hecho, como en su obra *Maynz* y, en su obra de Derecho natural, la estudia bajo el aspecto de *JUS POSSESSIONIS*, como un derecho de carácter sustantivo que radica en la personalidad y se manifiesta por medio de la voluntad.

Savigny afirma que la posesión es al mismo tiempo un derecho y un hecho, y dice, que si bien como derecho corresponde y debe clasificarse dentro del derecho de obligaciones, su verdadero carácter es el de servir de requisito necesario para adquirir el dominio por usucapión.

Estas últimas palabras de tan ilustre tratadista recuerdan antes dicho de que el Derecho romano vió en la posesión uno de los modos de adquirir la propiedad.

La doctrina de Savigny, que ve en la posesión un hecho y un derecho, es seguida por Planas y Casals cuando dice que la referida institución, *SUI GENERIS*, participa de esa doble naturaleza, y añade: «En sí es la posesión un hecho; pero es un hecho que el Legislador rodea de ciertas garantías, por virtud de esta presunción que existe de que es un derecho que responde á un hecho preexistente por la relación que hay entre el elemento externo, la posesión material y la regla de derecho por virtud de la cual las cosas han de poseerse y disfrutarse».

Hasse y Maine combaten la teoría de Savigny y consideran la posesión como un derecho en la cosa, esto es, como *JUS IN RE*, por su naturaleza relativa, por no poderse hacer efectivo contra todos sino solo contra el que quiere atacar la posesión por medio de la violencia.

El derecho real de posesión de tal modo presentado por estos tratadistas resulta deficiente, pues no ven en él las facultades inherentes al *JUS UTENDI*, *FRUENDI* y *DISPONENDI*, sino únicamente la defensa posesoria por medio de lo que fué en Roma el interdicto *UNDE VI*, contra el causante de la violencia, y no el de despojo, que tiene mayor alcance, por cuanto se dirige contra todas las personas en cuyo poder se encuentre la cosa.

Los señores Sánchez Román, Falcón y Mucius Savola presentan la posesión exteriorizada de varios modos: 1.º Sin título alguno como la del ladrón. 2.º Con título jurídico, pero no de dominio, como

la del arrendatario. 3.º Con justo título, bastante para transferir el dominio, pero no procedente del verdadero dueño, como acontece en el caso del que compra una cosa de buena fe á quien no es su propietario, y 4.º Con justo título otorgado por el propietario.

El tercer modo constituye el *JUS POSSESSIONIS* y el cuarto el *JUS POSSIDENDIS*, lo que Ihering llama el signo exterior del dominio.

Afirma Azcárate que la posesión se puede concebir en tres sentidos: uno, el de mera tenencia material, en el cual solo hay un elemento físico, no jurídico (el ponimiento de piés de que hablan las leyes de Partida), sin dar lugar á relaciones de derecho que corresponden al orden de propiedad (posesión del criado que tiene en su poder una cosa de su amo); otro, el llamado *JUS POSSIDENDI*, que implica el derecho del dueño como tal á poseer la cosa ó tenerla bajo su dominio, y el último, la posesión, como *JUS POSSESSIONIS*, es decir, un derecho que subsiste por sí, distinto del dominio y que atribuye al poseedor facultades análogas á las que tiene el propietario, constituyendo un derecho real similar al dominio, como dice D. Augusto Comas.

Reconocemos con Azpeitia que la posesión es una de esas instituciones jurídicas que presentan variadas fisonomías, caracteres muy distintos, á la vez que vagos, y que se exteriorizan de un modo ó de otro, según el prisma bajo el cual se la examine y la situación en que se la observe; pero como tiene su naturaleza propia, debe ser examinada desde este punto de vista, y por ello, en una de nuestras Monografías presentadas en el Congreso Notarial de Valencia, consideramos la posesión como un estado de la propiedad, subdividido en otros tres, como decimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», á saber: de mera tenencia ó detentación, de tenencia jurídica, subordinada á título eficaz dentro de su clase, pero no idóneo para adquirir el dominio, y de verdadera posesión, llamada civil, que es esa misma tenencia ó disfrute de un derecho unida á la intención de haber la cosa ó derecho, como suyos, sin que mencionemos la posesión exteriorizadora del dominio, por cuanto forma parte ya de este derecho absoluto, como supuesto del mismo, de tal modo que no se comprende sin ella.

Dentro, pues, de esos tres estados, en su relación con las personas que aplican su actividad para obtener de las cosas su utilidad, generados por el hecho posesorio, como corporalización de actos, prodúcense fenómenos naturales y económicos, que á la vez la ley gradúa, dándoles protecciones y garantías.

la del arrendatario. 3.º Con justo título, bastante para transferir el dominio, pero no procedente del verdadero dueño, como acontece en el caso del que compra una cosa de buena fe á quien no es su propietario, y 4.º Con justo título otorgado por el propietario.

El tercer modo constituye el *JUS POSSESSIONIS* y el cuarto el *JUS POSSIDENDIS*, lo que Ihering llama el signo exterior del dominio.

Afirma Azcárate que la posesión se puede concebir en tres sentidos: uno, el de mera tenencia material, en el cual solo hay un elemento físico, no jurídico (el ponimiento de piés de que hablan las leyes de Partida), sin dar lugar á relaciones de derecho que corresponden al orden de propiedad (posesión del criado que tiene en su poder una cosa de su amo); otro, el llamado *JUS POSSIDENDI*, que implica el derecho del dueño como tal á poseer la cosa ó tenerla bajo su dominio, y el último, la posesión, como *JUS POSSESSIONIS*, es decir, un derecho que subsiste por sí, distinto del dominio y que atribuye al poseedor facultades análogas á las que tiene el propietario, constituyendo un derecho real similar al dominio, como dice D. Augusto Comas.

Reconocemos con Azpeitia que la posesión es una de esas instituciones jurídicas que presentan variadas fisonomías, caracteres muy distintos, á la vez que vagos, y que se exteriorizan de un modo ó de otro, según el prisma bajo el cual se la examine y la situación en que se la observe; pero como tiene su naturaleza propia, debe ser examinada desde este punto de vista, y por ello, en una de nuestras Monografías presentadas en el Congreso Notarial de Valencia, consideramos la posesión como un estado de la propiedad, subdividido en otros tres, como decimos en nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial», á saber: de mera tenencia ó detentación, de tenencia jurídica, subordinada á título eficaz dentro de su clase, pero no idóneo para adquirir el dominio, y de verdadera posesión, llamada civil, que es esa misma tenencia ó disfrute de un derecho unida á la intención de haber la cosa ó derecho, como suyos, sin que mencionemos la posesión exteriorizadora del dominio, por cuanto forma parte ya de este derecho absoluto, como supuesto del mismo, de tal modo que no se comprende sin ella.

Dentro, pues, de esos tres estados, en su relación con las personas que aplican su actividad para obtener de las cosas su utilidad, generados por el hecho posesorio, como corporalización de actos, prodúcense fenómenos naturales y económicos, que á la vez la ley gradúa, dándoles protecciones y garantías.

BALEARES Y VIZCAYA

De la posesión y sus clases

En primer lugar cúmplenos decir que el Derecho balear no tiene disposiciones especiales en materia de posesión y, de consiguiente, es aplicable allí en toda su integridad el Código civil.

El Derecho vascongado no contiene, respecto á esta materia, mas que dos leyes: una, que es la 2.^a, tít. 12 del Fuero, dispositiva de que el derecho de posesión se prescribe por el transcurso de año y día, trátase de muebles ó de inmuebles, y otra que es la ley 18, tít. 34 del Fuero, donde se dice que cualquiera que entrare en heredad ajena por fuerza del dueño ó poseedor que otro tenga y posea por año y día en haz y faz de tal forzador, por tal osadía pague ó restituya con el doblo la tal heredad al tal poseedor y allende de ello, pierda cualquier derecho y acción que ende había ó pretendía.

A juzgar por esas leyes, el Fuero atendió á que se respetase la posesión, castigando al que se tomaba la justicia por su mano, hasta el punto que el despojante no solo tenía que restituir la heredad, sino que perdía toda acción que sobre la misma tuviese, con lo cual resultaba que, por mediar esa violencia en el despojo, el poseedor por año y día, con título y buena fe, elevaba su rango al de dueño.

Hemos hecho las anteriores indicaciones para, descartando el Derecho balear y vizcaíno por su poca importancia en materia posesoria, podernos entregar al examen de la legislación de Navarra, Aragón y Cataluña por este orden de menor á mayor en riqueza legislativa, á fin de poder establecer la relación de éstas legislaciones con el Código civil.

NAVARRA

Después de publicada la ley de Enjuiciamiento civil, obligatoria en toda España, ha quedado implícitamente sin valor el cap. 4.^o, lib. 2.^o del Fuero de Navarra, donde se dice: *Que si algún hombre demanda tenencia dalguna heredad et por iurgamiento ha probado aquella tenencia que demanda por fuero con vecinos draytureros, ma-*

y ver que sean parientes, sino han part en la heredad, bien puede probar con sus parientes.

Como quiera que á los Tribunales compete, por disponerlo la ley procesal, apreciar las pruebas, y pueden tacharse los testigos, esa ley del Fuero no encaja ya, por ser incompatible, con el sistema de enjuiciar, que es de orden público.

Prescribe el capítulo 5.º del Fuero de Navarra, lo siguiente: *Aquell que tiene á postremas año et día et sen mala voz el presó, el saquero, fruto, aquell que dé fiador de dreito sobre la heredad.* Esta disposición, dada para resolver el caso en que varios pretendan la posesión, concede preferencia al que poseyó pacíficamente el último año y día, si da fianza para responder del juicio.

Esa posesión de año y día no podía dejarla el Rey en heredad tomada á hijodalgo por pleito que contra él tuviese, y tampoco aprovechaba al hijodalgo en heredad del Rey, salvo si había pleito pendiente entre infanzón y villano realengo.

Habiendo desaparecido esas clases sociales, ha quedado derogada semejante ley.

Para terminar, citaremos la ley 1.ª, tít. 34, lib. 2.º de la Novísima Recopilación, tomada de la Cédula expedida en Valladolid en 1527, según la que, nadie puede ser desposeído sin ser previamente citado, oído y vencido. Se dió para que los súbditos navarros, con posesión inmemorial en cosas sobre las que se movía pleito, no fuesen despojados sin esas garantías.

La ley 1.ª, tít. 30, Part. 3.ª definió la posesión diciendo que es «tenencia derecha que home ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo é del entendimiento».

Analizando esta definición clásica, que se refiere á la posesión civil, vemos en ella tres elementos: uno, la tenencia, como hecho, pero ha de ser *derecha*, esto es, con arreglo á la ley; otro, que ha de referirse á las cosas corporales, con ayuda del cuerpo, lo que se llama el factor CORPUS; y el último, que ha de haber entendimiento de tenerlas, esto es, el llamado ANIMUS SIBI HABENDI.

Dicho Código alfonso, trasunto de la legislación romana, reconoció no solo la posesión civil, el derecho real de posesión, si que la natural, constituída unicamente por el *ponimiento de piés*, y la llamada cuasi posesión, que se refiere á los derechos ó á las cosas corporales, habiendo estado discordes los autores respecto á si podía aplicarse á todos los derechos, pues mientras unos han sostenido que solo se refiere á los de carácter real, otros entendieron que

también pueden ser objeto de ella los llamados personales; punto es éste no resuelto todavía, bien que la generalidad de los tratadistas cree que solo puede referirse á los primeros, esto es, á los que son de naturaleza patrimonial.

ARAGÓN

Esa distinción entre posesión civil y natural la vemos también establecida en el Derecho aragonés. Referida aquélla á los inmuebles, prescriben las Observancias 24 DE JURE DOTIUM, 15 DE DONATIONIBUS y 22 DE FIDE INSTRUMENTORUM que se adquiere por el instrumento traslativo de dominio en que se consigna su entrega, si bien no vale contra tercero que asegure ser el verdadero poseedor, en cuyo caso ambos interesados estarán obligados á probar quién tiene la verdadera posesión (Fuero único DE ACQ. POSSES. y ley 1.^a DE JURE JURANDO).

Esa posesión instrumental, verdadera ficción jurídica que el Código civil reconoce en el art. 1.462, cuando se otorga escritura pública de venta, si de la misma no resulta ó se deduce claramente lo contrario, no aprovecha en Aragón el adquirente, si el enajenante continúa poseyendo los bienes ó derechos enajenados por tres años, ó la mayor parte de ellos (Fuero 2.^o DE EMP. ET VENDITI, precepto que hay que relacionar con los arts. 23 y 25 de la ley Hipotecaria), y es que, no obstante lo espiritualista de aquel derecho, no ha podido desentenderse del factor real, y claro que contra aquella presunción en favor del adquirente está el hecho de continuar el enajenante poseyendo los bienes y derechos, pese al otorgamiento de escritura. Y para que se vea cómo influye el elemento real en la posesión, está el mismo Derecho aragonés, dispositivo de que la tradición es siempre indispensable, como hecho físico tratándose de adquirir la cosa mueble.

No otorgará al adquirente la posesión la ocupación violenta de los bienes ajenos poseídos por su dueño, ni la que se logra mediante engaño ó astucia (Fueros 1.^o y 2.^o DE CAPTION CORSI., y DE OCUP. SIVE INTRUS.) Estos preceptos reflejan y son consecuencia de ese espíritu ético, informado en el Derecho natural, que preside la Legislación aragonesa.

La pacífica posesión por largo tiempo suple la falta de título para las servidumbres y aprovechamientos (Observancia 4.^a DE

ACQ. PLUV. ARC.) Esto demuestra que el Derecho aragonés reconoce la posesión en las cosas incorporales, esto es, en los derechos, la llamada cuasi-posesión en Roma. El Código civil, en orden á adquirir las servidumbres por el transcurso del tiempo, no es, como veremos, tan elástico como el Fuero aragonés, pues no permite por ese medio la prescripción de las servidumbres continuas no aparentes ni de las discontinuas sean ó no aparentes, (art. 539).

La posesión del que tiene el usufructo foral ó usufructo convencional aprovecha al propietario y á sus herederos; é igualmente, la posesión de los bienes que retuviere el viudo ó usufructuario, finado el usufructo (Fuero DE USUFRUCTO, lib. 3.º)

El poseedor de una cosa por un año y día es de mejor condición que el que no la posee, debiendo ser sostenido en su posesión (Observancia 6.ª DE PRESCRIPTIONIBUS, lib. 2.º)

Si surgiere litigio entre dos sobre la posesión de una heredad que ha estado inculca mucho tiempo, se respetará á aquel que, sin contradicción, la hubiese poseído ultimamente por un año y un día, ó hubiere percibido de la misma algunos frutos (Fuero 6.º DE FIDEIJUSSORIBUS, lib. 8.º). Tanto en ésta como en la prescripción anterior aparece influyendo el hecho físico de la posesión, á base de que no haya mediado violencia, engaño ó astucia, en el fenómeno jurídico posesorio.

Basta poseer un año los bienes procedentes de la herencia, á contar desde que se supo publicamente en el pueblo donde los bienes radiquen, la muerte de su último poseedor, para que sea respetado en ellos quien los tenga, sin perjuicio del derecho que asiste al verdadero propietario ó heredero para pedir en juicio la propiedad de aquéllos (Fuero 30, DE APREHENSIONIBUS, lib. 4.º) De manera que la posesión de año es por sí bastante para constituir un estado de derecho, interín no sea destruído por el de propiedad, que compete al verdadero propietario de los bienes que se supuso fallecido ó á su heredero, reclamable en juicio ordinario.

CATALUÑA

En materia posesoria no solo hay que acudir al Derecho romano, si que, especialmente, al canónico, constituido por las Decretales, y, con preferencia á esta legislación supletoria completada por el Código civil, es de aplicación el Derecho directo ó propiamente catalán, el de las Constituciones, bien que éste resulta deficiente.

La institución posesoria en Cataluña ha tenido su evolución, que presenta D. Arturo Corbella en su obra «Manual del Derecho catalán». En la primera época, su fase fué la de mera tenencia ó posesión natural, reconocida por la ley 10 del Código DE ADQUIR. ET RETIN. POSSES., esto es la detentación pura que se distinguía de la posesión civil. *Vestidura ó investidura* era la posesión de un derecho y el acto de tomarla y recibirla; esto nos recuerda la investidura establecida en el Derecho hipotecario alemán, de la cual tratamos en nuestra obra «Derecho hipotecario y notarial». La tradición tiene un sentido más limitado que el de investidura; mientras ésta se refiere á toda clase de posesión, aquélla se circunscribe á la entrega de cosa corporal, por medio de la MANCIPARE MANCIPIATIO, esto es, soltando el poder.

La *tenuta* ó posesión material estuvo amparada por la rúbrica 123 de las Costumbres de Lérida; esto constituye la segunda fase de la detentación, puesta bajo el amparo del Derecho.

La Instituta en el § 1.º DE INTERDICTIS y la ley 1.ª Dig., DE AMIT. POSS., nos presentan la posesión civil cuando dicen que queda constituida por la detentación (factor CORPUS) unida al ánimo de retener la cosa, hasta que otro justifique ser dueño de la misma (factor ANIMUS); pero donde más se descubre esa posesión civil es en la ley 126 Dig. DE VERBOR. SIGNIF., aplicada en sentencias de 12 de Diciembre 1859, 28 Junio de 1860 y 4 de Enero de 1868, dispositiva de que el que posee una cosa ajena, creyendo que es suya por haberla adquirido por un título capaz de transferir el dominio cuyos vicios ignora, es poseedor de buena fe. He aquí el elemento ético influyendo en la adquisición y perfección del derecho; y como la maldad no se presume, la ignorancia de los vicios del título hay que aceptarla en el caso de provenir aquéllos de un hecho ajeno, no cuando dimane de no saber lo dispuesto por las leyes (ley 18 Digesto, DE PROBAT.; ley 20 Cod. DE EVIC.; leyes 3.ª y 9.ª Dig. DE JURE ET FORT. IGNOR.), prescripciones que son secuela de la máxima jurídica NEMINI LICET IGNORARE JUS.

En la tercera época la posesión ó *teneo* se aplica á toda clase de cosas tanto muebles como inmuebles, y la cuasi-posesión á los derechos y acciones (2 C. C., vol. 1.º, lib. 4.º, tít. 31, ley 2.ª; vol. 1.º, libro 7.º, tít. 2.º, ley 5.ª). Varias leyes del vol. 1.º, lib. 1.º, tít. 22, tratan de las *manutenentias* ó amparos de la posesión, y esto lo vemos también en la rúb. 1.ª, lib. 7.º de las Costumbres de Tortosa, donde se dice que, sin sentencia, nadie debe perder su posesión ó

tenco de cosa mueble ó inmueble, ni debe ser privado de ella violentamente.

Si el poseedor tiene en su poder una cosa que sabe que no es suya, es poseedor de mala fe (Inst. § 35 DE REE. DIVIS.; ley 10 Digesto, DE ADQUIR. ET RETIN. POSS.). Esa mala fe tiene mayor relieve y es objeto de dura sanción si hubo violencia en el despojo, como veremos al estudiar el Usatge 1.º QUICUMQUE VIOLENTER.

La Legislación catalana, propiamente indígena, no ha desconocido la cuasi-posesión, como se ve leyendo la Constitución 4.ª (libro 8.º, tít. 1.º, primer, vol.), dada en las Cortes de Barcelona por don Pedro I en 1283.

Además de la posesión natural y civil de que hemos hablado, algunos autores añaden la judicial, pero, en opinión de varios, el que obtenía posesión del Juez sin citación previa no conseguía más derecho que el que antes tenía, y por esto Cáncer, comparando esta doctrina con la ley antes citada, añade: QUOD ETIAM EXPRESSE NOSTRUM MUNICIPALE PROBAT.

Realmente que la posesión judicial no da al poseedor mayor ni mejor derecho del que en la cosa tenga, por cuanto constituye solamente un acto del Poder público, por órgano de la Justicia reparadora, y menos ha de dar aquél si la toma de posesión no va precedida de litigio, en el amplio sentido de la palabra, en donde se haya citado á quien se considere perjudicado.

Expuestas estas ideas generales pasemos al estudio del

Código civil

En el art. 430 se trata de la posesión natural y de la posesión civil, constituidas: la primera, por la tenencia de una cosa, que en Cataluña se llama detención, ó el disfrute de un derecho por una persona, y la segunda, por esa misma tenencia ó disfrute unidos á la intención de haber la cosa ó derecho como suyos; esto es, la concurrencia del CORPUS y del ANIMUS; el primero, como factor material, y el segundo, como factor espiritual.

En ese precepto se comprende también la cuasi-posesión, la que se tiene sobre las cosas incorporales, ó sean los derechos; éstos pueden ser objeto de tenencia simplemente ó de posesión civil.

El Legislador se ha ajustado á lo dispuesto en la ley 1.ª, tít. 30,

Part. 3.^a en todo lo arriba dicho, sin que en este punto exista discrepancia entre la Legislación general y la foral.

Por si se dudara acerca de si el Código comprende en sus ordenamientos la cuasi-poseción, prescribe el art. 431 que la posesión se ejerce en las cosas ó en los derechos por la misma persona que los tiene ó por otra en su nombre. Estas últimas palabras encierran la posesión llamada jurídica, la que se tiene en nombre de otro, ó por un título no idóneo para adquirir el dominio, posesión que vemos también indicada en el artículo 447 de una manera indirecta, cuando se dice que solo la que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio. Esta posesión jurídica es la del arrendatario, prendario, etc., que se funda en el título de que trae origen.

La posesión civil y la jurídica son compatibles; esto es lo que viene á decir el art. 432, prescriptivo de que la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de estos dos conceptos: ó en el de dueño ó en el de tenedor de una cosa ó derecho para conservarlos ó disfrutarlos, perteneciendo el dominio á otra persona. De forma que el realmente tenedor de la cosa puede no ser el dueño si la tiene dada, por ejemplo, en arrendamiento, en cuyo caso el arrendatario es el que la ocupa, conserva ó disfruta por virtud del contrato. Esa tenencia sin título para adquirir el dominio, que es producto de la relación de derecho entre el dueño y el que conserva y disfruta la cosa, no es simplemente corporal, es algo más que el ponimiento de piés; constituye la posesión jurídica, no exenta de protecciones legales, como veremos en otro lugar de este capítulo.

Además, la posesión se tiene por ciertas personas en virtud de representación legal ó voluntaria, y claro que debe incluirse en la llamada jurídica, porque tales representantes legítimos no pueden adquirir para sí las cosas que conservan y disfrutan en nombre de sus representados.

Adviértase que el art. 432 se presta á dudas; habla de persona á quien pertenece el dominio de la cosa ó derecho distinta de la de su tenedor encargado de conservarlos ó disfrutarlos en nombre de aquél, y claro que ceñido el juicio á la letra del precepto no sería invocable, si, lejos de haber dominio, existiera solo posesión civil, conceptos estos de muy distinta significación; pero como para penetrar en la mente de la ley no hay que atender solamente á uno de sus preceptos, sino á todos los que se refieren á la materia objeto de estudio, y puesto que el poseedor civil tiene la consideración de

dueño, mientras otra cosa no se demuestre, es lógico concluir que el Legislador ha querido comprender con la palabra «dueño» á todo aquel que tenga esta consideración, aún cuando carezca de la *PLENA IN RE CORPORALI POTESTAS*, del dominio, perfecta é indubitadamente acreditado. Autoriza este sentir la Sent. de 27 de Noviembre de 1906, declarativa de que la posesión en concepto de dueño, á que se refiere la primera parte del art. 432 del Código, atribuye á quien la disfruta, mientras no sea vencido por quien ostente mejor derecho, todas, absolutamente todas las ventajas de la propiedad, tal como la define el art. 348, y como una de las inherentes á la misma es la del art. 1.532, según los términos de éste, no cabe racionalmente distinguir entre propietarios á título de poseedores en concepto de dueños y propietarios á título de dominio, sin que se destruya el concepto de aquella posesión en el sentido expuesto.

De la buena fe en la posesión

Puesto que el Derecho positivo tiene su fuente en el Derecho natural, y mediante que la Moral y la Ley deben vivir desposadas, el elemento ético influye poderosamente en el orden jurídico, dándole relieve y vida, y claro que, en materia posesoria no solo hay que atender á los factores *CORPUS* y *ANIMUS*, si que á la buena fe del poseedor, y así lo exige el art. 433, dispositivo de que se entiende haberla cuando el poseedor ignora que en su título ó modo de adquirir existe vicio que lo invalide.

Ciertamente que el Legislador emplea como sinónimas las palabras título y modo, de cuyo alcance jurídico nos ocuparemos en otro capítulo.

Para que al poseedor se le repunte de mala fe, no basta que haya ocupado la cosa con violencia, engaño ó astucia, como dice el citado fuero aragonés; basta que no ignore el vicio de la posesión en que se halle, por ejemplo, que sepa quién es el dueño de la cosa, pues mal puede hacerse el ánimo de adquirirla conociendo á su propietario.

Cuando falta esa ignorancia (ignorancia de hecho, no de derecho) se reputa de mala fe á ese poseedor.

El art. 433 rige en Cataluña (Sent. 17 Marzo 1896).

El concepto arriba expuesto descansa en la antes citada sentencia, pues no puede considerarse poseedor de buena fe al heredero de

confianza que se adjudica á sí mismo los bienes, porque sabiendo á quién tienen que ir, no puede nunca tenerse por dueño.

La apreciación de la buena ó de la mala fe corresponde al Tribunal sentenciador por referirse á una cuestión de hecho, sin que puedan citarse como infringidos los arts. 433 y 435 del Código. Esta doctrina fué establecida en sents. de 12 de Febrero de 1898 y 27 de Enero de 1906, aplicable á todas las regiones de España, porque la ley de Enjuiciamiento civil, que faculta á los Tribunales para apreciar las cuestiones de hecho para la aplicación de las leyes, es de carácter público y general, como lo es la Orgánica del Poder judicial.

La buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor corresponde la prueba, pues lo humano es el bien; el mal es una desviación de éste, un caso de excepción.

El art. 434, establecedor de esa presunción, fué aplicado en sentencia de 20 de Octubre de 1908.

No existe discrepancia en este punto entre la Legislación foral y el Código.

La posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter, sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

Por donde el art. 435, cuyo es el párrafo antes escrito, señala, mejor que el 433, el verdadero sentido de la buena fe. El que sepa que posee la cosa *indebidamente* ese es poseedor de mala fe.

La buena fe, al suponer ignorancia en el vicio del título ó modo de adquirir, no constituye un estado psicológico indefnido; puede desaparecer cuando ese poseedor sepa que la cosa no es suya, en cuyo caso, como aquélla no imprime carácter, cede con sus efectos, tan luego como existen actos acreditativos de que el poseedor no ignora tales vicios, ó mejor, que indebidamente tiene la cosa.

Es de citar la sent. de 8 Julio de 1897 que dice: la declaración contenida en aquella que se limita á condenar al poseedor á devolver los frutos desde el momento de la presentación de la demanda, implica la consideración de la buena fe con que obraba el demandado.

Ese elemento ético de la buena fe influye de dos maneras: en lo relativo á la percepción de frutos y mejoras, y en lo concerniente á la prescripción adquisitiva, como veremos al estudiar este instituto jurídico.

Sobre qué recae la posesión

El art. 437, dispositivo de que solo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación, tiene por precedentes la ley 3.^a, tít. 2.^o, lib. 41 del Digesto DE ADQUIR. POSS., ley 43, § 1.^o DE ADQUIR. RER. DOM., tít. I, lib. 41 del propio cuerpo legal y las leyes de Partida. Y se comprende, porque si la propiedad legal y las leyes de Partida. Y se comprende, porque si la propiedad solo puede referirse á cosas susceptibles de apropiación, esto es, á lo que se llaman bienes en el sentido general de la palabra, y la posesión, como dice Maynz, es un poder de hecho para adquirir aquéllas, es lógico que no recaigan sobre las que están fuera de la acción del hombre, sustraídas al sello de su personalidad.

De la adquisición de la posesión

La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa ó derecho poseído ó por el hecho de quedar éstos sujetos á la acción de nuestra voluntad, ó por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho.

El art. 438, cuyo es lo arriba dicho, señala con sus disyuntivas tres maneras de adquirir la posesión. La primera de éstas es la aprehensión ó disfrute material de la cosa ó del derecho; la segunda es de carácter espiritual opuesto al de la primera, y la tercera, que participa de ambos, se refiere á actos propios, no arbitrarios, si que ajustados á las formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho. Esta última palabra, empleada en el artículo, denota que el legislador regula, en este punto, la posesión, no como un hecho, si que como un derecho que se adquiere de ese tercer modo; por ejemplo, mediante la entrega de las llaves ó de los títulos, otorgamiento de escritura, posesión judicial, etc.

En este respecto no existe discrepancia alguna entre la legislación general y la foral, siendo de recordar la Observancia 22 DE FIDE INSTRUMENTORUM, dispositiva de que, en Aragón, el otorgamiento de un título traslativo de dominio de una cosa, en cuyo documento se especifica la tradición de la misma, da origen á su posesión, contra cualquiera, que no sea un tercero, que no acredite ser su verdadero poseedor.

La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue á adirse la herencia. Así lo prescribe la primera parte del art. 440, establecedora de una posesión de derecho subordinada al hecho de la aceptación, para que no exista solución de continuidad entre el causante y el sucedáneo de éste en lo que al derecho patrimonial se refiere.

Este precepto con sus precedentes en el Derecho romano (ley 1.ª tít. 2.º, lib. 8.º del Código y en la 3.ª, tít. 34, lib. 11 de la Novísima Recopilación), es en nuestro sentir, de aplicación á todos los territorios, como también la segunda parte del mismo, dispositiva de que, quien validamente repudia una herencia, se entiende que no la ha poseído en ningún momento, puesto que con la repudiación se rompe el nexo jurídico entre el causante y su heredero; éste no solamente repudia los bienes, si que demuestra con su acto formal desechar la representación de aquél.

Prescribe el art. 441 del Código que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga á ello. El que se crea con acción ó derecho para privar á otro de la tenencia de una cosa, siempre que el tenedor se resista á la entrega, deberá solicitar el auxilio de la Autoridad competente.

Proclama este precepto el principio de que nadie puede tomarse la justicia por su mano. En ningún caso puede prevalecer la justicia privada. ¿Pero esto es absoluto? ¿Puede recuperarse la cosa mueble que haya sido hurtada ó robada? Distingamos entre si se trata de una reivindicación inmediata al hecho del despojo ó si se intenta *ILLICO CONFESTIM IN IPSO CONGRESU*, como decían los romanos, es decir, en el mismo instante de cometido el delito, todavía frustrado, no consumado, puesto que aún el ladrón no había hecho suya la cosa.

Sacamos esta expresa distinción del hermoso folleto de D. Juan Martí Miralles «*SPOLIATUS ANTE OMNIA RESTITUENDUS*» donde, á maravilla, se trata de la protección posesoria.

Sin entregarnos á grandes elucubraciones, sostenemos que ese art. 441, escrito de una manera general para toda clase de posesión, lo mismo en cosa mueble que en inmueble, refiérese á hechos consumados (último momento de la génesis del delito, si éste existiera), al verdadero despojo, esto es, á la privación de un estado posesorio; con vicio ó sin él, en cuyo caso, puesto que la posesión no puede

existir en dos personas á la vez, fuera de los casos de indivisión, como prescribe el art. 445, en su primera parte, á la autoridad competente, no precisamente á los Tribunales de justicia, corresponde resolver el conflicto, en el caso de que el tenedor resista la entrega de la cosa al que se considera con mejor derecho á ella.

Y decimos que esa facultad corresponde á la autoridad competente, no precisamente la judicial, porque hay casos, tratándose de bienes del Estado, de las provincias y de los municipios, obrando no como personas jurídicas, sino como poder social en la esfera de sus atribuciones que pueden privar de la cosa á su detentador, no al que haya ganado la posesión por año y día, por corresponder esto al procedimiento civil, y tan es así que no mediando este último caso, reza con la cuestión lo que ya ha tomado el nombre de máxima en el Derecho administrativo, por invocarse á menudo, de que contra las resoluciones administrativas, tomadas con arreglo á las leyes, no caben los interdictos de manutención y retención, siendo de citar el R. D. de 3 de Octubre de 1910 que decidió una competencia á favor de la autoridad judicial en un interdicto de obra nueva contra una sociedad minera por haber abierto galerías y bocaminas debajo de edificios particulares.

Ese art. 441 hay que relacionarlo con el 534 del Código penal que castiga al que con violencia ó intimidación en las personas ocupe una cosa inmueble ó un derecho real de ajena pertenencia. Esto constituye el delito de usurpación, exigente, como requisitos esenciales, de que haya habido ocupación de la cosa ó del derecho, y de que una y otro sean de ajena pertenencia. Si esto último no resulta, si el usurpador pretende tener derecho á ello por ser suyo, surge una cuestión prejudicial á que se refiere el art. 3.º de la ley de Enjuiciamiento criminal, que debe resolverse en el orden civil para que el Tribunal de lo criminal pueda pronunciar su fallo.

Habiendo violencia ó intimidación, esto ya constituye por sí figura de delito, aún cuando el privador de la cosa sea dueño de ella.

El art. 35 del Código penal pone una valla á esos actos de justicia privada, sin distinguir entre sí quien los comete tiene ó no derecho á realizarlos, medie ó no violencia, por ser atentatorios al derecho general de la propiedad, al interés en que no se confundan las propiedades, y en tal respecto castiga al que altera términos ó lindes de los pueblos ó heredades ó cualquiera clase de señales destinadas á fijar los límites de predios contiguos.

El art. 441 no prohíbe la justicia privada en absoluto, sino la

que uno se administra empleando la violencia con oposición del que detente la cosa. Esa justicia fué respetada por el Fuero Juzgo al autorizar al dueño el encierro del ganado que hubiera penetrado en su viña, miés, prado, huerto, con obligación de avisar al propietario de las reses para el justiprecio del daño, con intervención de vecinos, cuya retención podía durar tres días.

Esa misma justicia privada que admitió el Fuero Juzgo, (leyes 13 y 15, tít. 3.º, lib. 8.º) existió en Vizcaya según su Fuero general (ley 2.ª, tít. 34); en él se decía que cuando algún ganado entrara en día en panes, viñas, manzanales, viveros ó huertas, el dueño de la heredad podía *encorralar* y prender los tales ganados, pudiendo hacer y tomar las prendas hasta en tanto que fuese pagado y satisfecho, ó se le diese prenda en que lo valía y si no las pudiese encorralar porque huyeran, con información y juramento, el dueño de los ganados tenía que entregárselos á aquél para tenerlos encorralados como prendas, hasta que se le pagase.

Esta disposición foral no está en vigor, por oponerse á lo dispuesto en el art. 511 del Código penal, pues habiendo daño, el perjudicado no puede tomarse la justicia por su mano, y existiendo delito ó falta perseguibles de oficio, no es él el que se ha de cobrar el importe de la indemnización, sino que debe acudir á la Autoridad judicial.

Por la razón antes dicha, creemos que no están en vigor los «Estatutos y ordinaciones de Montes y huertos» de Zaragoza (capítulo 201) en lo relativo á la autorización á los herederos (dueños de las heredades), como asimismo á sus hijos y dependientes para prender, no solo á los ganados, si que además á las personas que hallaren haciendo daño en cualquier clase de heredades «aunque no sean suyas propias» recibiendo como recompensa y estímulo el dinero de la multa. Esto solo puede hacerse si los labradores son guardianes jurados, pero no en otro caso.

Contra la posesión violenta, objeto de nuestro estudio, dió el Derecho romano clásico medios de excepción al interdicto UNDE VI. Cuando la usurpación se hacía con fuerza armada, el despojante venía obligado á restituir, cosa que no procedía cuando el despojo se había hecho de otra manera, esto es, sin VIS ARMATA; distinción que desapareció prevaleciendo lo primero, por el § 6.º, tít. 15, lib. 4.º de la Instituta.

Hemos hecho esta indicación, porque, en Cataluña, rige, como supletorio, el Derecho romano; pero como obliga allí la ley de Enjuiciamiento

ciamiento civil, á sus prescripciones en materia de interdictos debe acudir, sin que quepa esa distinción de despojo con violencia armada ó sin esta circunstancia, como ya se expresó en la legislación justiniana.

Pero al usurpador alcanzan severas sanciones cuando haya procedido con violencia, produciendo una verdadera DEJECTIO, esto es, un lanzamiento; esas sanciones las vemos en el Usatge 1.º, título 1.º, lib. 8.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, donde se dice que «el que violentamente habrá expelido á alguno de posesión, antes que hubiere obtenido sentencia de Juez á su favor, si tenía buena causa la pierda; y aquel que por violencia habrá perdido todo cuanto tenía recíballo otra vez en el estado en que estaba y téngalo con seguridad; pero si hubiere invadido aquello que en juicio no podía obtener pierda la causa y pague á aquel que ha expelido otro tanto de lo que hubiere invadido».

Además, las Decretales (caps. 15 y 18 DE RESTIT. SPOLIAT.), con el elemento moral que dieron á la posesión, constituido por la buena fe y por la condenación de la fuerza, establecen que no adquiere el derecho á ella el que ha ejercido, mandado ó aprobado la violencia y que el derecho á reclamar la restitución de la cosa usurpada compete, no solo contra el despojante, sino también contra el que detenta la cosa, sabedor de tal despojo.

Parangonando entre sí la legislación foral, nos encontramos que el Usatge antes copiado mantiene estrecha relación con la ley 18, tít. 34 del Fuero de Vizcaya, que castiga al que penetra en heredad ajena por fuerza, no solo á la restitución, sino á la pérdida de cualquier derecho y acción que tuviese; esto último que es sumamente duro, no aparece prescrito en el Código, el cual no hace otra cosa, en la primera parte de su artículo 441, que prohibir la usurpación violenta habiendo un poseedor que se oponga á ella. A contrario sensu se colige que el Legislador no prohíbe la usurpación pacífica; pero á tanto no puede en absoluto llegar el juicio, y de consiguiente, á los Tribunales compete, tratándose de propiedad privada, apreciar, según los casos, si el tenedor de la cosa es verdaderamente el poseedor, ó, por el contrario, un usurpador; lo que hace el precepto es establecer el principio clásico de que la posesión no puede adquirirse violentamente y que, quien tenga acción ó derecho á la tenencia de una cosa, si el tenedor se resiste á su entrega, es no confiar el éxito de su causa á esa justicia privada, una de las manifestaciones del STATUS INDIVIDUI, sino á la resolución de la autoridad competente.

Los actos meramente tolerados y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa ó con violencia, no afectan á la posesión. Así lo prescribe el art. 444.

La publicidad es uno de los requisitos de la posesión y, de consiguiente, la ocupación clandestina no puede atentar al estado posesorio. Por esto se dice en la ley 6.^a Dig., DE ADQUIRENDA VEL AMTIENDA POSSESIONE, refiriéndose al caso del que va á las ferias sin dejar á nadie guardando la heredad y se encuentra ocupada ésta por otro, que este último posee clandestinamente, y si rechaza al dueño, se entiende que posee con violencia.

Es clandestina la ocupación, cuando se hace ocultándola al poseedor ó no dándole noticia, ó por temor á la contradicción (ley 3.^a Dig. QUOD VI. AUT CLAM.) No quita el vicio de la ocultación la denuncia hecha con palabras vagas, obscuras ó engañosas, ni la verificada con ocasión en que se sepa que el denunciante no puede oponer contradicción (ley 3.^a Dig. id). No comete violencia el que, habiendo sido despojado durante su ausencia por otro, acude luego á rechazarle y á recobrar la posesión. (Decretal, cap. 12, DE RESTIT. SPOLIAT.)

De manera que en el Derecho catalán el vicio de la clandestinidad mitiga, en el caso anterior, la dureza de las responsabilidades en que incurre el que con violencia rechaza al despojante y recobra la posesión que, sino corporalmente, tuvo IN ANIMUS durante su ausencia. Pero si ha transcurrido un año desde la fecha del despojo, á ese tenedor clandestino no se le puede lanzar de la finca sin ser vencido en juicio declarativo, y en el caso de que no haya transcurrido ese tiempo, tampoco puede el dueño tomarse la justicia por su mano y habrá de acudir al interdicto de recobrar que se da contra todo detentador, aunque tenga vicios la tenencia, la haya adquirido VI CLAM VEL PRECARIO, lo cual se funda en que, por este medio, se trata de reponer las cosas al estado que tenían antes del despojo, y sin prejuzgarse sobre el mejor derecho de los contendientes en la propiedad ó posesión definitiva de la cosa.

Tampoco el precario, constituido por los actos meramente tolerados, afecta á la posesión, siendo de citar las leyes 2.^a, 3.^a, 4.^a y 8.^a Dig. DE PRECAR., dispositivas de que los que tienen una cosa por concesión precaria ó sea por beneplácito del poseedor, no adquieren nunca el derecho de posesión sobre ella, sea el que fuere el espacio de tiempo que la retengan. Y si se explica esto, que es lo prescrito por el Código, dado que por la posesión, no solo requiere el factor

CORPUS, si que el de ANIMUS SIBI HABENDI, y mal puede concurrir este último en quien recibió la cosa de su legítimo ó presuntivo dueño. Pero si bien no puede adquirir la posesión, es su tenedor, un detentador con facultad de utilizar el interdicto de retener ó de recobrar, como luego veremos.

Capacidad para adquirir la posesión

Los menores y los incapacitados pueden adquirir la posesión de las cosas; pero necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan á su favor.

El art. 443, cuyo es lo arriba inserto, deslinda los conceptos de capacidad jurídica y de capacidan de obrar. A su vez confirma lo dispuesto en el art. 32.

Como quiera que los menores de edad y los incapacitados tienen aptitud para adquirir derechos, no se les puede negar esa facultad respecto á la posesión de las cosas; pero son ideas distintas la adquisición y el uso ó ejercicio del derecho; lo primero dice á la capacidad jurídica; lo segundo á la capacidad de obrar, y como de ésta carecen dichas personas, prescribe, muy acertadamente, el Legislador que no pueden hacer nada, respecto á la posesión, sin la asistencia de sus representantes.

El que suceda por título hereditario sin distinción de si es mayor ó menor de edad y de si tiene ó no tiene capacidad, no para heredar, si que para actuar en sus derechos, esto es, la FACULTAS AGENDI, no sufrirá las consecuencias de una posesión viciosa de su causante si no demuestra que tenía conocimiento de los vicios que le afectaban; pero los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte de su causante.

Examinando el art. 442, cuyo contenido es el párrafo anterior, importa consignar que es consecuencia del 443, porque si se reputa poseedor de mala fe al que sabe que en su título ó modo de adquirir existe vicio que lo invalide, esta creencia constituye solamente un estado subjetivo del que la tiene y afecta solo á su persona, sin que pueda trascender á otros, á menos de que participen de ella los que estén precisamente ligados con él por el vínculo hereditario.

Por el hecho de morir el poseedor, su mala fe no puede ser curada con la buena de su heredero, recibiendo fortaleza y extensión,

ese elemento ético de la posesión, proveedor de efectos legales y de consiguiente, á ese sucedáneo por título universal ó por título singular de herencia, ya sea heredero, ya legatario, solo le aprovechará, su buena fe, lo personalísimo del mismo, desde la muerte del causante.

Mirada la posesión como un poder de hecho exige actuaciones en su adquisición y esto es lo que viene á prescribir el art. 439 de que puede adquirirse aquélla: 1.º por la misma persona que va á disfrutarla; 2.º por su representante legal, como el padre, el tutor, el marido en nombre de los hijos menores, de los tutelados y de la mujer respectivamente; 3.º por su mandatario, puesto que, con el mandato, la ausencia física se convierte en presencia jurídica; y 4.º por un tercero sin mandato alguno, ésto es, por un gestor de negocios, y á los favores del cuasi contrato de este nombre; pero en tal caso no se entenderá adquirida la posesión hasta que la persona en cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique. De donde resulta que, desde ese acto hasta su ratificación, existe una condición suspensiva tácita influyente en la virtualidad del hecho posesorio, y que, cumplida, sus efectos se retrotraen á la fecha en que ese tercero hubiese adquirido la cosa ó derecho en nombre de su poseedor.

Posesión excluyente

Leyendo el art. 445 se ve perfectamente distinguida la posesión como hecho y la posesión como derecho, llamadas por los romanos: la primera, *NATURALIS POSSESSIO*, la mera tenencia sin el *ANIMUS REM SIBI HABENDI*, y la segunda, derecho de posesión, la *CIVILIS POSSESSIO* ó sea aquella que, teniendo ese *ANIMUS*, constituye un verdadero derecho real.

La posesión como hecho, esto es, atendiendo á su factor *CORPUS*, no puede reconocerse en dos personalidades distintas, porque ambas posesiones se repelen. El Legislador tiene muy en cuenta que si dos cosas no pueden ocupar un mismo lugar en el espacio, otras tantas personas no pueden tenerlas, á la vez, á menos de que no exista entre ellas la indivisión.

Si surgiere contienda sobre el hecho de la posesión será preferido el poseedor actual, ó sea aquel en el cual concurre el factor *CORPUS*; si resultaren dos poseedores actuales, esa preferencia la tiene el más antiguo: *QUI PRIOR EST TEMPORE POTIOR EST JURE*: si las

fechas de las posesiones fueren las mismas, el que presente título, esto es, documento en el cual conste la adquisición del derecho, y si todas estas condiciones fueran iguales, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa, mientras se decida su posesión ó propiedad por los trámites correspondientes.

Estas disposiciones son de aplicación general; por cuanto no vemos que estén en oposición con el Derecho excepcional.

De la protección posesoria

Todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado ó restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.

Constituye la posesión aún la de mera tenencia un estado de derecho en laboración que debe amparar la Ley para que no prevalezca la justicia privada sobre la justicia social. Este es el fundamento político de la protección posesoria que conocieron los griegos y los romanos.

La perturbación posesoria es un delito contra el poseedor, dice Savigny; según Rudorf, la perturbación de la posesión es un atentado contra el orden jurídico. Más nos inclinaremos á la opinión de este último tratadista que á la del primero, pues no siempre con esa perturbación se comete delito; habiéndolo, habla la ley penal castigadora de la violencia.

Thibaut eleva el concepto de la protección posesoria y la funda en el principio de que nadie puede vencer jurídicamente á otro si no tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa. Esta, con su carácter de propiedad, constituye el fundamento de la protección asignado por Röder, pues es de suponer que el poseedor tiene un derecho á la posesión, mientras no se pruebe lo contrario, ó más claro, que la posibilidad de tener un derecho reviste el carácter de realidad hasta que no sea vencido aquél.

Para Gaus, ese fundamento es el mismo de la propiedad, por cuanto la posesión es una propiedad que empieza y debe ser protegida.

Además de estas teorías relativas, tenemos las llamadas absolutas, defendidas por Puchsta y Brunw, cuyos tratadistas fundan esa protección en ser la posesión, en cuanto es protegida, la voluntad del sujeto, que de este modo toma su encarnación real.

Ihering ve en la posesión el signo exterior del dominio, y en la protección posesoria el mismo fundamento de la propiedad. Esto en el terreno filosófico es indiscutible, porque la posesión reviste la forma de propiedad presunta.

Cuando se estudian problemas de esta índole no hay que mantenerlos únicamente en la esfera de la especulación científica, sino que importa aterrizarlos en el vasto dominio de la realidad histórica, que nos provee de razones abonadoras del fundamento en que se estriban los institutos jurídicos.

Grecia amparó el estado posesorio, pero Roma le dió mayor relieve, con fórmulas del Derecho pretorio, por los medios interdictales. Existía allí el *AGER PUBLICUS* llamado *POSSESIONES* y el *AGER PRIVATUS* en el que tenía el ciudadano su dominio, la plenitud del poder *EX JURE QUIRITUM*. Aquél no podía ser objeto de propiedad, pero buscaron los patricios la manera de apropiárselo en forma de tenencia y usufructo, reservándose la República el derecho eminente de recuperarlo. Los patricios retuvieron la mayor parte del *AGER PUBLICUS* y, so color de que habían hecho dispendios en las tierras con su cultivo y mejoramiento y de que en ellas se había abierto la tumba de sus mayores cuya profanación no autorizaba, antes castigaba duramente aquel pueblo eminentemente religioso, buscaron medios para defender las posesiones, constituidos por los interdictos, distintos de la acción reivindicatoria, pues por esta sólo cabía pedir la reintegración de la cosa en que se tenía dominio, por formar parte del *AGER PRIVATUS*. Lo que fueron disposiciones sueltas y adventicias de los pretores, de esos magistrados proveedores de fórmulas equitativas saturadas del Derecho natural, no del estricto derecho, se llevaron á los edictos, desde donde aquellos hallaban, para prevenir conflictos de violencia y resolver los que surgían entre despojantes y desposeídos (el fundamento político que hemos señalado). Pronunciaba el Pretor la adjudicación provisora ó provisional de la cosa en favor de uno de los litigantes, á quien exigía diese fianza al otro, para que respondiese del resultado de la contienda, que solo ante el Juez se celebraba mediante la fórmula de aquel supremo magistrado, así como de esa misma posesión en que se le mantenía ó reintegraba, de su valor y de los frutos que percibiese.

Ese medio protector, por lo expedito, llegó á privar, y nada de extraño tuvo que se emplease respecto del *AGER PRIVATUS*, aún con el inconveniente de constituir la fianza de estar á juicio.

La POSSESSIO AD INTERDICTA la tenía todo poseedor de buena ó de mala fe, con tal que tuviese el ánimo de adquirir la cosa para sí, en nombre propio, con ó sin título y aunque fuese defectuoso.

Los interdictos fueron numerosísimos; pero los más principales eran los RETINENDÆ (de retener) AND RECUPERANDÆ POSSESIONES (de recobrar). Además estaba el ADIPISCENDÆ POSSESIONES, que era el que hoy se llama de adquirir.

Advierte Mucius Scævola, que los germanos basaron su sistema de defensa posesoria en dos medios probatorios, el juramento y los testigos; ambos radicaban en la buena fe y en la severa conciencia del pueblo. Esa protección, en forma civil, no apareció en el Fuero Juzgo; este Código limitóse á establecer penas para los usurpadores y á disponer que la tenencia de las cosas se eleva por la prescripción á la categoría de dominio.

La legislación canónica admitió los medios perentorios reintegradores, tanto de la posesión, como de la cuasi posesión; los empleó para el amparo de los derechos episcopales, como lo demuestra la Decretal de Inocencio III, donde brilla la hermosa máxima: SPOLIATUS ANTE OMNIA RESTITUENDUS.

Son cosas distintas el fundamento filosófico jurídico y el fundamento político de la protección posesoria (que descansan todos en el supuesto de considerar al poseedor como propietario de la cosa mientras no se demuestre lo contrario) con el fin de la posesión, que es exactamente el de la propiedad: la obtención de cuantas utilidades proporcionen los bienes constituidos en nuestro patrimonio para la satisfacción honesta y lícita de las necesidades racionales.

Aparte estas elucubraciones y contrayéndonos al estudio del artículo 446, vemos que entraña dos preceptos: uno sustantivo y otro adjetivo y sancitivo á la vez. Consiste el primero en que todo poseedor tiene derecho á ser respetado en su posesión, ya sea de buena ó de mala fe, constituya la tenencia corporal ó la tenencia jurídica. En esta parte del precepto, el Legislador se refiere á la posesión como hecho. Consiste el segundo, que es garantía del primero, en el derecho á ser amparado y restituído en la posesión todo el que la tenga, para lo cual se dan los medios que las leyes de procedimiento establecen; éstos son las acciones posesorias y persecutorias constituidas: las primeras, por los interdictos de retener, de recobrar, de obra nueva y de obra ruinosa, y las segundas, por las acciones reales, entre éstas la reivindicatoria, que presupone para su existencia título de dominio, y la publiciana que se da al que

ostenta mejor derecho de posesión contra el que no lo tenga mejor. Y tan cierto es que el Legislador ampara toda clase de posesión por medio de los interdictos de retener y de recobrar, constituyendo éstos tan solo una cuestión de hecho, que el art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil no emplea la palabra «tenencia» como sinónima de «posesión», antes distingue perfectamente estos términos. Dijera que ese interdicto procederá «cuando el que se halla en posesión de una cosa ó tenencia, etc.», y con el empleo de la partícula «ó» habría esa sinónimia; pero como quiera, que á tal disyuntiva se le ha añadido la preposición «en», resulta que posesión y tenencia son cosas distintas, y tanto para la una como para la otra, en clase de situaciones, se dan esos medios protectores y restitutorios llamados interdictos, cuya sentencia dé ó no lugar á la demanda, ha de contener la fórmula de sin perjuicio de tercero, y reservar á las partes el derecho que les asista sobre la propiedad ó sobre la posesión definitiva en el juicio correspondiente; en éste puede ser anulado aquel fallo, según declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 3 de Enero de 1893.

Discútese acerca de si después de publicado el Código se halla subsistente la acción publiciana, que es real y pretoria. Los sostenedores de la negativa se fundan en que, según el art. 446 de aquél, la posesión no tiene otros medios protectores y reintegradores que los interdictos.

No vemos que esa acción haya desaparecido, ni cabe inducir esto por el examen de dicho precepto; al decir éste «medios que las leyes de procedimiento establecen» se refiere á toda clase de recursos ó de acciones concedidas por el derecho procesal, y como la acción publiciana es de carácter real, aún cuando no se la ejercite con ese nombre clásico, en recuerdo al pretor que la introdujo, puede deducirse en el juicio ordinario, donde se ventile, no la cuestión de propiedad, sino la posesión definitiva, como se dice en el último apartado del art. 1.658 de la ley de Enjuiciamiento civil, que es el lugar propio para hacer estas declaraciones, y no el Código, cuyos preceptos no pueden referirse á la materia de enjuiciar.

Además, el mismo Código en su art. 1.445 reconoce la subsistencia de esa acción real, cuando dice que si todos los poseedores fueran iguales en la contienda sobre el hecho posesorio, se constituirá en depósito ó guarda judicial la cosa mientras se decide *su posesión* ó propiedad por los trámites correspondientes; luego cabe que en ese juicio ordinario, quien se crea con mejor derecho á la posesión,

pida que así se declare, en cuyo caso la ejecutoria á su favor recaída constituye un verdadero título inscribible en el Registro de la propiedad al igual que el de dominio.

Supongamos que el poseedor sin título de dominio de la finca, pero que la tiene desde hace muchísimos años adquirida por herencia de sus padres, la concede en precario; el precarista no la abandona y no pudiéndose deducir contra él el interdicto, por falta de términos hábiles, ¿qué otra acción sino la posesoria ó la publiciana es la ejercitable en el juicio ordinario declarativo para conseguir que le sea restituida con los frutos, etc? Demostrada en el pleito esa posesión del demandante con título justo, aunque no de dominio, saldría airoso y resultaría vencido el precarista ó el que clandestinamente ó con violencia se hubiere apoderado de aquélla, puesto que tales actos no dan la posesión de derecho.

El derecho á ser restituído el poseedor en la cosa se entiende en el caso de que ésta se halle en poder de quien, con arreglo á la sentencia ejecutoria del interdicto, deba entregarla, no cuando la tenga un tercero con justo título, sin habersele antes oído y vencido en juicio. (Sent. de 18 de Febrero de 1901).

Efectos de la posesión

Además del de la protección posesoria, tenemos los que expresan los artículos 447 y 448, preceptivos de que solo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio y que el poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar á exhibirlo.

El Legislador no distingue, y así se declaró en sent. de 23 de Febrero de 1899, entre poseedor de buena fe y poseedor de mala fe; no se fija en el elemento moral de la posesión; basta que se disfrute en concepto de dueño, no por otro título jurídico como el del arrendamiento, comodato, prenda, administración.

Ese art. 447 mantiene relación con el Usatge HOC QUOD JUR EST SANCTOR, tít. 2.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Constituciones de Cataluña, dispositivo de que el que posee en nombre propio y siu interrupción una cosa ajena no exceptuada del comercio de los hombres por el tiempo prefijado por las leyes, se hace dueño de la misma.

Esta es la prescripción adquisitiva de que habla la Instituta y la ley 3.^a de Dig. DE USURP. ET USUCAPIONIBUS.

Puesto que la posesión es, como dice Ihering, el signo exterior del dominio, el poseedor en concepto de dueño tiene á su favor la presunción legal de que posee con justo título y no se le puede obligar á exhibirlo. Esto, que prescribe el art. 448, es consecuencia de lo ordenado en la base 11.^a de la ley de 11 de Mayo de 1888.

Son ideas distintas la exhibición de la cosa y la exhibición del título. Si aquélla es mueble hay derecho á pedir que se exhiba, conforme á lo dispuesto en el núm. 2.^o del art. 497 de la ley de Enjuiciamiento civil, obligatorio en toda España. Esta disposición figura en la ley 3.^a, § 5.^o, leyes 4.^a y 5.^a Dig. AD EXHIBEN., obligación que tiene también el que dolosamente dejó de poseer la cosa y su heredero, siempre que de aquel hecho le hubiere resultado alguna utilidad (leyes 12, 14 y 15 Dig. AD EXHIBEND.); pero no están sujetos á la exhibición los materiales y demás objetos que forman parte de algún edificio (ley 6.^a Dig. ídem).

Como quiera que la obligación de exhibir la cosa es de un orden procesal, y este derecho se halla contenido en la ley de Enjuiciamiento civil, entendemos, con Planas y Casals, que á ésta hay que acudir, y no á dichas disposiciones ó á otras de la misma naturaleza adjetiva contenidas en el Derecho romano.

La posesión de una cosa raiz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste ó se acredite que deben ser excluidos.

Este precepto proclama el principio de una fingida corporalización de lo mueble á lo inmueble, no de accesión, porque esta supone que las cosas (si es la llamada continúa) pertenecen á distintos dueños.

Pero la presunción de que tratamos es solo de las llamadas JURIS TANTUM, pues si consta ó se acredita que los muebles existentes en cosa raiz no son del dueño de ésta, carece de derecho á ellos.

El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión. Se entienden percibidos los frutos naturales é industriales desde que se alcanzan ó se separan. Los frutos civiles se consideran producidos por días y pertenecen al poseedor de buena fe, en esa proporción.

Gran relieve presenta el art. 451 del Código, al compararlo con el Derecho castellano y el romano. Reconoce la facultad del poseedor de buena fe á hacer suyos todos los frutos percibidos, mien-

tras no sea interrumpida legalmente la posesión, lo cual ocurre por la presentación de la demanda; la sentencia de 28 de Enero de 1901 dice que es hasta después de contestada aquélla. Creemos que la palabra interpelación judicial significa presentación, no contestación de la demanda; por esto último se produce el cuasi contrato de *LITIS CONTESTATIO* que obliga á los litigantes á estar á las consecuencias del pleito. La buena fe se presume siempre.

Dispuso la ley 39, tít. 8, Part. 3.^a que, venciendo el dueño de la cosa en juicio, el poseedor de buena fe debía devolvérsela con los frutos naturales y los industriales no consumidos, deduciendo los gastos hechos en éstos y que haría suyos los industriales percibidos hasta la contestación de la demanda.

Según la ley 35 del Digesto *DE USURIS ET FRUCTIBUS* y la 25 § 7.^o del mismo cuerpo legal, deben reputarse como frutos obtenidos de mala fe, los posteriores á la contestación de la demanda, los cuales deben abonarse al dueño de la cosa que los ha producido (Sent. 27 Abril de 1887).

Pregúntase si un poseedor, por el mero hecho de contestar la demanda tiene ya ese carácter de mala fe. Los sostenedores de la afirmativa dicen que desde el momento en que ha habido interpelación judicial cesa la buena fe, y al efecto citan el texto romano: *POST LITEM CONTESTATAM OMNES POSSESORES SUNT PARES*: después de contestada la demanda todos los poseedores son iguales.

No opinamos tan en absoluto. Si bien es cierto que por el hecho de interrumpirse legalmente la posesión, ya por la simple interpelación ó demanda, ya por su contestación, el poseedor de buena fe no tiene derecho á los frutos percibidos después de ese estado judicial, no quedan privados los Tribunales para apreciar la buena fe del demandado, porque podría resultar que éste, provisto de justo título, se creyese en el caso de defenderlo pensando salir airoso, ó más claro, que pueden existir títulos opuestos objeto de debate, y cada litigante creer que el suyo es el mejor, sin que los Tribunales vean en quien se defiende, otra cosa que una justificada oposición.

La ley de Partidas, separándose del Derecho romano, dispuso que los frutos percibidos ó separados se devolvieran al dueño de la finca una vez vencido el poseedor de buena fe, cosa que, por injusta, el Código no acepta en dicho artículo, bastando que se haga la entrega respecto de los que produzca la cosa después de interrumpida legalmente la posesión. La buena fe se presume siempre, salvo prueba en contrario, que incumbe al que la niega (Sent. 6 de Di-

ciembre de 1904). Aquélla, tratándose de bienes muebles, equivale al título y da derecho al que la tuviese y hubiese sido privado de ellos ilegalmente, para reivindicarlos de quien los tuviere (Sentencia de 19 de Diciembre de 1900 y apartado 1.º del art. 464).

Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales ó industriales (no los civiles, pues éstos se consideran producidos por días y, de consiguiente, se prorratean) tendrá el poseedor derecho á los gastos que hubiere hecho para su producción y, además, á la parte del producto líquido de la cosecha, proporcional al tiempo de su posesión. Las cargas se prorratarán del mismo modo entre los dos poseedores.

Estas dos primeras partes del art. 452 se hallan informadas en un espíritu de justicia muy distinto del que presidió la ley de Partidas, dispositiva de que el dueño de la cosa venía obligado á abonar los gastos necesarios, descontándolos de los frutos, lo mismo al poseedor de buena fe que al de mala fe.

El Código ha seguido al Derecho romano que concedía al poseedor de buena fe los frutos industriales percibidos aunque no se hubiesen consumido y daba los no percibidos al propietario, derecho que también se extiende á los naturales. Pero cesada la buena fe, ya porque así se demuestre ó pruebe en el pleito ó ya por el hecho de la interpelación judicial, y á condición de que otra cosa los tribunales no declaren, ese poseedor vencido en el pleito, aún cuando no hace suyos los frutos naturales ó industriales, tiene derecho á los gastos que haya verificado, porque mediante ellos se enriquece el propietario, y nada más justo que los abone, así como el producto líquido de la cosecha, proporcional al tiempo de posesión de buena fe, deducidos aquellos gastos, por ser de previo pago; no otra cosa significan las palabras «producto líquido».

Como al propietario puede no convenirle verificar esos abonos, ni el que resulte de las cargas prorratedas, le faculta el art. 472 para conceder al poseedor de buena fe el que concluya el cultivo y recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; en la inteligencia que si ese poseedor no quisiera aceptar tal concesión, perderá el derecho á ser indemnizado de otro modo.

Los gastos necesarios se abonan á todo poseedor; pero solo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan; esto último constituye el *JUS RETENTIONIS*. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo

optar el que le hubiese vencido en su posesión entre satisfacer el importe de los gastos ó abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

De esto, que es lo contenido en el art. 453, se ocuparon las leyes 1.^a y 5.^a, tít. 1.^o, lib. 25 Digesto; la 79, tít. XVI, lib. L de leyes; la 5.^a, tít. 32, lib. 3 del Código, y las leyes 38, 46 y 65, título 1.^o, lib. 6.^o Dig. En ellas se explicó la verdadera significación de los gastos necesarios y de los útiles, teniendo por objeto los primeros que no se pierda la cosa, y los segundos darle mayor valor.

Los gastos de puro lujo ó mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe, quien no tiene el *JUS RETENTIONIS* de la cosa; pero podrá llevarse aquello con que la hubiese embellecido, si no sufre deterioro y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado. Esos gastos, según la ley 38, tít. 1.^o, libro 6.^o del Digesto, son los de puro lujo ó recreo, y como no existe discrepancia entre el Código y la legislación excepcional en esta materia, es aplicable á los territorios aforados el art. 464 de aquél.

El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y solo tendrá derecho á ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los que consistan en mejoras de lujo ó de recreo no se abonarán al poseedor de mala fe, pero podrá llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos, abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

Así lo prescribe el art. 455 que rige en Cataluña (Sent. de 17 de Marzo de 1896).

Ha desaparecido, por opuesto al sistema de enjuiciar, el llamado *JURAMENTUM IN LITE*, según el que, bastaba lo prestase ante el magistrado quien había sido despojado violenta ó clandestinamente, *VIS AUT CLAM*, para que el despojante le abonase los perjuicios en la extensión que él fijara; y decimos que se ha proscrito porque esa forma de la justicia privada es incompatible con la justicia social.

Examinando ese art. 455, y en orden al reintegro de gastos, vemos que solo habla de los necesarios y de los que consistan en mejoras de lujo y recreo, pero no los llamamos útiles, los que dan mayor valor á la cosa, y como, de no comprenderse en el precepto, resultaría deficiente, parece lógico incluirlos en los segundos.

De todas suertes ese poseedor no tiene el *JUS RETENTIONIS* respecto de los gastos necesarios hechos para la conservación de la

cosa; su derecho es solo personal para ser reintegrado de ellos. Derecho que no tiene tratándose de aquellos que consistan en mejoras de lujo y recreo; pero podrá llevarse los objetos, siempre que la cosa no sufra deterioro. Si la descorporalización puede hacerse sin lastimar aquello á que esté unido el objeto beneficiado con los gastos, puede llevarse, á menos que el poseedor legítimo, usando del derecho de accesión, prefiera quedarse con él, abonando, no lo invertido en la producción, sino el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión.

Este precepto tiene su precedente en la ley 62, tít. I, lib. VI del Digesto.

Las mejoras provinientes de la naturaleza ó del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión; éste, al obtenerla, no está obligado á abonar mejoras que hayan dejado de existir al tiempo de adquirir la cosa. Esto es lo prescrito en los artículos 456 y 458, que se completan, y cuyo contenido es altamente justo.

El 457 presenta mayor relieve: dispone que el poseedor de buena fe no responde del deterioro ó pérdida de la cosa poseída, fuera del caso en que se justifique haber procedido con dolo. Y se explica esto, porque el dolo, la intención de dañar (no puede ser otro el sentido de esa palabra en este caso, distinto del que tiene en el derecho de obligaciones), está reñido con el concepto de la buena fe, inspirado en un principio ético, y mal puede eximirse de la obligación de indemnizar del deterioro ó pérdida de la cosa, quien se propuso con sus actos destruirla ó perderla.

El poseedor de mala fe responde del deterioro ó pérdida en todo caso, tanto mediando dolo, como culpa (esto último no reza con el de buena fe), y aún en los ocasionados por fuerza mayor, cuando maliciosamente hayan retrasado la entrega de la cosa á su poseedor legítimo, precisamente porque si la hubiera entregado sufriría éste los riesgos de esa fuerza.

No obstante, creemos con Planas y Casals, que las reglas del art. 455 están subordinadas en cada caso especial á lo que los Tribunales resuelvan según las circunstancias que hubiesen mediado y los hechos probados en el litigio.

Bonel, después de citar la ley 40, tít. 3.º lib. V del Dig. y la 12, tít. 17, lib. 50 de ídem, dice que no puede caber el dolo mientras el poseedor se le considere de buena fe. Nos separamos de este sentir porque uno puede ignorar que en su título ó modo de adquirir haya

vicio que lo invalide (este es el concepto de la buena fe en el estudio que estamos haciendo), y no obstante proceder dolosamente, esto es, con ánimo de perder ó destruir la cosa; y como la ley no puede amparar los actos perjudiciales á la propiedad, desenvueltos fuera del orden natural de las cosas, que refluyan en daño de otro, castiga el dolo en la forma que el precepto determina.

Las mejoras que no existan en la cosa, lo mismo necesarias que útiles, que voluntarias, cualquiera que las haya hecho, no viene obligado á satisfacerlas quien obtenga la posesión, precisamente por no beneficiarle.

Encierra la posesión una serie de presunciones que el Legislador ha establecido, amparando los estados de hecho y de derecho que la misma representa. Una de esas presunciones, además de las citadas, se halla contenida en el art. 459, dispositivo de que el poseedor actual que demuestre su posesión en época anterior se presume que ha poseído también durante el tiempo intermedio, mientras no se pruebe lo contrario.

Prescribiérase otra cosa y semejante solución de continuidad sería óbice para adquirir el dominio por la prescripción, y además, se caería en la equivocada idea de confundir la simple tenencia de la cosa con la verdadera posesión, con ese derecho real similar y presuntivo del dominio. Claro que esta presunción es de las llamadas JURIS TANTUM; permite prueba en contrario, y demostrado que el poseedor no ha tenido la cosa durante el tiempo intermedio, no podrá acogerse, según los casos, á los beneficios de la ley.

Pérdida y recuperación de la posesión

Las causas de pérdida de la posesión se clasifican en voluntarias, é involuntarias. Corresponden al primer grupo las siguientes:

- 1.^a Abandono de la cosa.
- 2.^a Cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito.

Pertencen al grupo de las involuntarias: 1.^a La destrucción ó pérdida total de la cosa; 2.^a Por el hecho de quedar ésta fuera del comercio; 3.^a Por la posesión de otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año.

El abandono es el dejamiento de las cosas muebles ó inmuebles á merced de cualquiera. Si la posesión de éstas, en bienes NULIUS, se adquiere mediando la voluntad, POST EST FACTO ORITUR JUS, de

igual manera cabe perderlas para que otro se las apropie. La ley 13, tít. 20, Part. 3.^a, se ocupó del abandono como medio natural de pérdida de la posesión, y de los engaños que podían cometerse, en cuyo caso tal dejación no surtía efecto.

La cesión hecha á otro por título oneroso ó gratuito, supone un acto jurídico, á condición de que sea válido, mediante el que, la posesión que el transferente tenía en la cosa ó derecho pasa al adquirente por título oneroso ó gratuito; de suerte que en esto se ve una continuación de la posesión, implicadora, respecto del primero de aquéllos, de la pérdida de ella.

Puesto que la posesión es una propiedad presunta, puede transmitirse al igual que aquélla por fuero de la voluntad.

Estudiando las causas involuntarias, tenemos que, constituyendo la posesión un derecho real, y no siendo concebible éste sin un objeto determinado ó específico, sin el cual recaigan las actuaciones del individuo, al perderse totalmente no cabe el ejercicio de semejante facultad, por cuanto la cosa no figura ya en la Naturaleza, y menos puede formar parte del patrimonio del individuo.

Para que haya derecho de bienes—y la posesión es uno de ellos—es preciso que estén en el comercio, que es á donde llega la acción de la ley. Si aquéllos no se hallan en ese caso carecen del carácter de patrimoniales, desapareciendo, IPSO FACTO, el estado posesorio que sobre ellos se tenía.

De estas dos causas trataron las leyes 14 y 15, títs. 20 y 28 respectivo de la Part. 3.^a La ley 17 de este último título y Partida, tomándola de la 15, tít. 2.^o, lib. 41 del Digesto, incluyó como otra causa de pérdida de posesión la que tiene otro, aún contra la voluntad del antiguo poseedor, comprendida en el núm. 4.^o de dicho art. 460. Pero el Derecho antiguo descendió al casuismo enumerando hechos con los cuales se perdía la posesión de una manera violenta y en esto estriba la diferencia entre ese Derecho y el Código, que no se refiere á la posesión tomada de manera delictiva, sino de la que no reviste tan punible carácter, dado el supuesto establecido en el art. 441, de que en ningún caso puede adquirirse violentamente la posesión, mientras exista un poseedor que se oponga á ello.

Repárese que, según ese núm. 5.^o del art. 460, se necesita la nueva posesión de más de un año, para considerarse perdida la que se tenía; prescripción muy acertada, porque con ese año cumplido se establece un estado posesorio incompatible, de hecho, con el anterior, de tal manera que el nuevo poseedor, puesto bajo los

favores del tiempo, puede utilizar los interdictos contra el anterior poseedor.

En Cataluña, la posesión se pierde: 1.º Por el solo ánimo de dejar de poseer, aún cuando se retenga la cosa por concesión precaria del adquiridor, ó á título de usufructo que se reserve el poseedor, etcétera (ley 3.ª, § 6.º; ley 17, § 1.º; leyes 18 y 44, § 2.º Dig. DE ADQ. POSSES.; ley 28, Cód. DE DONATIONIB., y ley 77 Dig. DE REI VINDICAT.), y 2.º Por perder la tenencia de la cosa y la facultad de volver á ocuparla, ya sea voluntariamente, á consecuencia de algún caso fortuito, ó por hecho de otro que la usurpe (ley 30, §§ 1.º y 4.º, ley 3.ª, §§ 13 y 17; ley 6.ª, IN FIN, ley 25 párrafo último, leyes 13 y 15 Digesto DE ADQUIR. POSSES.)

El abandono ó entrega hecha por el procurador, colono, inquilino ó por cualquier otro que la retenga en nombre del poseedor no perjudica á éste, el cual puede reclamar á aquéllos el daño que por su desidia ó dolo hubiera sufrido (ley 12 Cód. DE ADQUIR. VEL RETIN. POSSES.) Si los que retienen la cosa en nombre del poseedor han sido lanzados de ella con violencia, pierde éste la posesión (ley 1.ª párrafo 22, Dig. DE VI).

La posesión de la cosa mueble no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero (art. 461). Recordemos lo que dice Maynz de que la posesión es un poder de hecho, en tanto que la propiedad es un poder de derecho, y claro que, tratándose de cosa mueble, mientras el poseedor la tenga, hay que presumir su voluntad de conservarla, aunque ignore accidentalmente su paradero; esto es consecuencia del aforismo RES UBIQUE SIT PRO DOMINO SUO CLAMAT.

La posesión de las cosas inmuebles y de los derechos reales no se entiende perdida ni transmitida para los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, sino con sujeción á lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

De importancia suma es esta prescripción, contenida en el artículo 462 del Código. La ley Hipotecaria, código de garantías de la propiedad inmueble y de sus limitaciones, se llama ley de tercero, porque tiende á asegurar los derechos de éste, el cual si no ha tenido intervención en el acto ó contrato de cuya invalidación se trate, si ha adquirido el bien ó derecho de la persona á cuyo nombre aparecía inscrito en el Registro (art. 34 de la ley), obrando de buena fe (elemento ético que influye para que se le tenga en esa condición) no puede sufrir perjuicio por la prescripción que otro alegue, pues en

otro caso, podría llamarse á engaño, y claro que ese art. 462 contiene, en substancia, lo verdaderamente fundamental del Derecho hipotecario, á cuyos preceptos debe acudir, porque completa el Código en este punto.

Los animales fieros solo se poseen mientras se hallan en nuestro poder, porque, perteneciendo á esa clase, al recobrar su libertad pertenecen á las cosas *NULIUS*; no así los domesticados ó amansados que se asimilan á los mansos ó domésticos, si conservan la costumbre de volver á la casa de su poseedor. Los domesticados ó amansados, que son los fieros por naturaleza, se habitúan, por el roce continuado que con el hombre tienen, á los usos domésticos cuyo servicio prestan. En tanto se tiene posesión en ellos en cuanto tienen esa costumbre. Los mansos ó domésticos se poseen constantemente.

El que recupera conforme á derecho la posesión indebidamente perdida, se entiende para todos los efectos que puedan redundar en su beneficio, que la ha disfrutado sin interrupción. Adviértase que el art. 466 emplea las palabras «conforme á derecho», lo cual quiere decir que á sus beneficios no puede acogerse quien, violentamente ó en forma contraria á la ley, recobra la posesión perdida, sino el que la obtiene, ya por razón de acto ó de contrato, ya por haber vencido en los interdictos ó en el ejercicio de otras acciones; sin que tenga que empezar á contar de nuevo el tiempo desde el día en que se hizo la recuperación, pues de otra suerte, el poseedor de buena fe estaría expuesto á las chanzas y despojos del que, con mala intención, quisiera interrumpirle el lapso de tiempo que llevase de posesión.

Título de la posesión

No vamos á tratar de las informaciones posesorias cuyo estudio hemos hecho extensamente en el tomo 4.º de nuestra obra «Derecho hipotecario y notarial»; nuestro estudio se contrae ahora al del art. 464 del Código. Según éste, la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título; sin embargo el que hubiese perdido una cosa mueble ó hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.

Ante la disposición precedente, esa posesión no equivale al título cuando el que tiene la cosa sabe que no es suya por haberla sustraído, ó conocedor de la sustracción la haya adquirido de quien la hurtó ó robó, pudiendo recobrarla su propietario de quien la posea,

no violentamente, sino acudiendo á las vías de derecho. Pero si el poseedor es de buena fe, puede adquirir la cosa mediante la prescripción.

Si el poseedor de la cosa mueble perdida ó sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, ya judicial, ya extrajudicial en ferias ó mercados, en una palabra, fuera de toda clandestinidad, no podrá el propietario obtener la restitución.

Tampoco podrá el dueño de cosas empeñadas en los Montes de piedad establecidos con autorización del Gobierno, obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiere empeñado, sin reintegrar antes al establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos. Este tercer apartado del art. 464 tiende á proteger esas instituciones benéficas.

Las cosas adquiridas en bolsa, feria ó mercado, ó de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos se estará á lo dispuesto en el Código de comercio. Véase lo que disponen los arts. 85, 517 al 666 de este cuerpo legal.

El último apartado del precepto que estudiamos exige, para su aplicación, que el comerciante se halle legalmente establecido, no faltando tratadista que entienda ser necesaria la inscripción de ese comerciante, para que el comprador pueda acogerse á los beneficios de la ley referentes á no ser desposeído de la cosa adquirida; pero como la inscripción en el Registro mercantil es potestativa, nos parece demasiado estrecho ese criterio. Creemos que las palabras «legalmente establecido» significan dos ideas: una que el comerciante tenga capacidad para ejercer el tráfico, y otra que éste se haga por quien figure en la matrícula por subsidio industrial.

Y aún cuando se halla legalmente establecido, requiérese que se dedique habitualmente al tráfico de objetos análogos á los adquiridos; de manera que faltando esa habitualidad y la analogía de los objetos (materia esta que, por ser de hecho, es apreciable por el Tribunal Á QUO) no pueden invocarse las prescripciones del Código de comercio, del cual es supletorio el Código civil.

Existe en Cataluña la posesión civil que se deriva del derecho de TENUTA del cual nos hemos ocupado en el tomo 1.º de esta obra.

Poniendo fin á este capítulo, creemos del caso exponer algunas ideas de la Filosofía de la Historia relativas á la posesión. Constituyendo ésta el poder de hecho de la propiedad, ha seguido sus fases, presentándose al juicio, primero en forma colectiva para individualizarse más tarde, sin que esto signifique que la ocupación de

lo mueble y seguidamente de lo sitio ó raiz haya dejado de ser el punto de arranque de la propiedad, cuando el hombre, dejando la vida nómada, entregóse al trabajo sedentario. Al principio, lo que adquiría con su invención espoleado por las necesidades imperiosas de la vida, no paradisiaca, descrita bellamente por Cervantes en su Quijote, cazando el ave que cruza veloz por el espacio, sacando la pesca del seno de las aguas, derribando con la honda ó con la flecha al animal feroz de la selva, lo entregaba al grupo á que pertenecía, ya porque le proporcionara los medios para adquirirlo, ya porque salía en su defensa en la eterna lucha entre lo mío y lo tuyo, y á la manera como la ocupación de la hembra fué un hecho individual y convirtiéndose ésta en propiedad de la tribu, la posesión de la cosa tomó ese carácter colectivo, hasta que el individuo sintióse fuerte, no temiendo que le fuese arrebatado lo aprehendido con su corporal esfuerzo ó merced á su astucia, para lo que hubieron de surgir usos y costumbres consagradores de su derecho, apoyado en un poder social incipiente, con el consejo de los ancianos y las decisiones de los valerosos. Así es como se logró individualizar la propiedad y con ésta su poder de hecho, la posesión, desapareciendo lentamente aquel aspecto colectivo revelado por la prehistoria que en la necesidad, partera de las instituciones, tuvo su origen, quedando de este estado primitivo, como vaga remembranza, la que se ha llamado familiar, sobre cuya constitución descansó gran parte del Derecho privado en los pueblos orientales, en la artística Atenas, en la heroica Esparta y en la erudita Roma de los primeros tiempos, y cuyos vestigios se conservan en la troncalidad de Navarra.
